

Über die Möglichkeiten justiziabler Leistungsforderung aus verfassungsmässigen Rechten der Bundesverfassung

DISSERTATION

zur Erlangung der Würde eines
Doktors der Rechtswissenschaft
der
RECHTS- UND STAATSWISSENSCHAFTLICHEN FAKULTÄT
der
UNIVERSITÄT ZÜRICH

vorgelegt von
DANIEL TRACHSEL
von Wattenwil/BE

genehmigt auf Antrag von
Herrn Prof. Dr. Walter Haller

ADAG Administration & Druck AG

Zürich 1980

Über die Möglichkeiten justiziabler Leistungsforderung aus verfassungsmässigen Rechten der Bundesverfassung

DISSERTATION

zur Erlangung der Würde eines
Doktors der Rechtswissenschaft
der

RECHTS- UND STAATSWISSENSCHAFTLICHEN FAKULTÄT
der
UNIVERSITÄT ZÜRICH

vorgelegt von
DANIEL TRACHSEL
von Wattenwil/BE

genehmigt auf Antrag von
Herrn Prof. Dr. Walter Haller

ADAG Administration & Druck AG

Zürich 1980

Die Rechts- und staatswissenschaftliche Fakultät gestattet hierdurch die Drucklegung vorliegender Dissertation, ohne damit zu den darin ausgesprochenen Anschauungen Stellung zu nehmen.

Zürich, den 12. Dezember 1979

Der Dekan:

Prof. Dr. J. Rehberg

Die gleiche Arbeit ist im Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich, erschienen als Heft 18 der Reihe

Zürcher Studien zum öffentlichen Recht

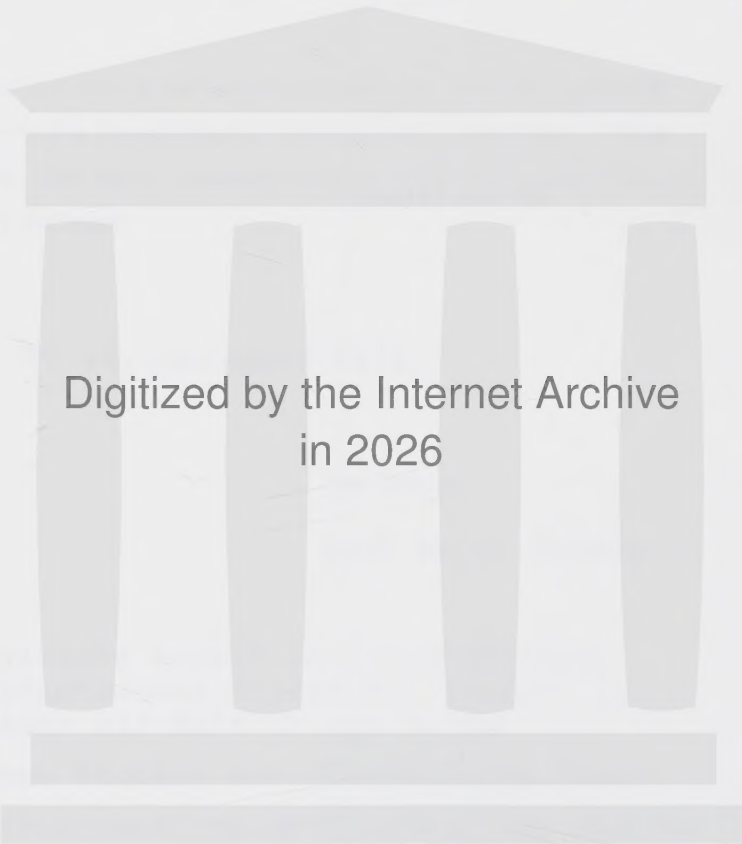
Herausgegeben von Mitgliedern der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich

© Copyright 1980 by Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich

Druck: ADAG Administration & Druck AG, Zürich



Meinen Eltern



Digitized by the Internet Archive
in 2026

Mein Dank geht an alle, die zum Gelingen dieser Arbeit beigetragen haben: Insbesondere an Prof. Dr. W. Haller für seine wertvollen Anregungen und die grosszügige Unterstützung, die er mir von der Wahl des Themas an bis zur Drucklegung gewährte; an Prof. Dr. M. Rehbinder für Hinweise im Zusammenhang mit dem 2. Kapitel der Arbeit.

Zu danken habe ich weiterhin meinem Vater, Dr. iur. R. Trachsel und Kathrin Schächli für die kritische Durchsicht des Manuskriptes.

Inhaltsverzeichnis

Literaturverzeichnis	XII
Abkürzungsverzeichnis	XXV
1. Kapitel Das Problem	1
§ 1 Leistung aus Grundrechten	1
I. Tendenzen	2
A. Sozialrechte	2
B. Umdeutung des vorhandenen Grundrechtsinstrumentariums	3
C. Exkurs: Priorität des Verfahrens	5
II. Terminologie und Gegenstand der Arbeit	6
A. Terminologie	6
B. Gegenstand der Arbeit	7
III. Leistung und subjektiv-defensives Grundrechtsverständnis	10
A. Stand der Lehre	10
B. Rechtsprechung	11
C. Schlussfolgerung	12
§ 2 Das subjektiv-defensive Grundrechtsverständnis	13
I. Der historische Hintergrund	13
A. Entwicklung der Freiheitsrechte	13
B. Das Modell des Liberalismus	20
C. Der staatsrechtliche Positivismus	24
II. Elemente der subjektiv-defensiven Grundrechtskonzeption	27
A. Gewährleistung eines status negativus	27
1. Grundlagen der status negativus-Konzeption	33
a) Staat als Ordnungsmacht, der sich durch Eingriffe realisiert	34
b) Dualismus Staat-Gesellschaft	35
aa) Dualismus unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten	36
bb) Dualismus unter demokratischen Gesichtspunkten	43

B. Verfassungsdualismus	46
C. Recht als Schranke von Freiheit	48
D. 'In dubio pro libertate'	52
III. Zur aktuellen Berechtigung des Abwehrgedankens	54
IV. Schlussfolgerung	56
 2. Kapitel Problemlösungsversuche	 59
§ 3 Vorbemerkung zu Aufgabe und Grenzen der Interpretation	59
I. Problematik der herkömmlichen Auslegungsregeln	59
II. Konkretisierung von Grundrechten	70
§ 4 Mögliche Argumentationsmuster für die Begründung von Leistungsansprüchen aus Grundrechten	74
I. Konstitutive Bedeutung der Grundrechte	74
II. Exkurs: Klärung verfassungsrechtlicher Vorfragen	82
III. Grundrechte als objektive Wertordnung ?	92
IV. Ableitung von Leistungsansprüchen durch eine institutionelle Deutung der Grundrechte ?	99
A. Die institutionelle Methode	101
1. Historische Entwicklung	102
2. Einfluss der soziologischen Institutionentheorie	109
3. Die Oeffnung der zu konkretisierenden Norm gegenüber sozialem Substrat und tragenden Grundgedanken des Rechts	111
B. Kritik der institutionellen Methode	113
1. Beliebige Verwendbarkeit für verschiedene gesellschaftspolitische Ordnungsvorstellungen	113
2. Funktionsanalyse institutioneller Argumentation	120
a) Das institutionelle Argument als Kryptoargument	122
b) Funktionellrechtliche Problematik	123
3. Exkurs: Elemente zur Bestimmung des Verhältnisses von Normativität und Normalität	125
C. Zur Verwendbarkeit des institutionellen Arguments	138
V. Leistungsansprüche aus sozialstaatlich gedeuteten Grundrechten ?	140

3. Kapitel	Grundrechts- und leistungsbereichsspezifische Analyse	142
§ 5	Vorbemerkung zu Vorgehen und Systematik	142
I.	Grundrechts- und leistungsbereichsspezifische Analyse	142
II.	Systematik der Analyse	144
§ 6	Interdependenz Eingriff - Leistung	146
I.	Leitidee	146
II.	Interdependenz Eingriff - Leistung im Bereich polizeilicher Tätigkeit	146
	A. Allgemeines	146
	B. Die Rechtsprechung	152
	1. Zur Religionsfreiheit	153
	2. Zur Versammlungsfreiheit	155
	3. Zur Eigentumsgarantie	158
III.	Auf Grundrechte gestützte Inanspruchnahme der staatlichen Gerichtsbarkeit zur Abwehr Dritter als Leistung	160
§ 7	Originäre Leistung	163
I.	Allgemeines	163
II.	Problematik originärer Leistungsrechte. Dargestellt an den <i>numerus clausus</i> -Urteilen des Bundesverfassungsgerichtes und des Bundesgerichtes	170
	A. Ausgangslage	170
	1. Das Bundesverfassungsgericht	170
	2. Das Bundesgericht	173
	B. Positive Anordnungen durch das Bundesgericht ?	174
	C. Die normative Lage. Verschiedene Strategien gegenüber dem <i>numerus clausus</i>	176
	1. Grundrechte gegen den <i>numerus clausus</i>	177
	a) Recht auf Bildung	177
	b) HGF in Verbindung mit Art. 2, Art. 4 und Art. 31 bis BV	178
	c) Probleme	181
	aa) Fehlende normativ-determinierende Kraft der Grundrechte und funktionellrechtliche Implikationen	181
	bb) Fehlende Durchsetzbarkeit	185
	d) Schlussfolgerung	186
	2. Verfahrensmässige Lösung	189

III. Originäre Leistung aus Art. 4 BV	195
A. Der Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege	195
1. Inhalt des Anspruches	195
2. Begründung des Anspruches durch das Bundesgericht	197
B. Weitere Justizgrundsätze mit positivem Gehalt	201
1. Anspruch auf Begründung einer Verfügung	201
2. Recht auf Akteneinsicht	201
3. Anspruch auf rechtmässige Zusammensetzung der entscheidenden Behörde	202
IV. Der Anspruch auf Information	203
A. Tragweite der Informationsfreiheit in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung: BGE 104 Ia 88	203
B. Der Anspruch auf Information: Bedeutung und Probleme	207
1. Bedeutung der Information	207
2. Konkretisierungsprobleme	213
a) Grenzen des Anspruches	213
aa) Ueberwiegende öffentliche Interessen	214
bb) Ueberwiegende private Interessen	214
b) Berechtigte	215
c) Verpflichtete	216
C. Subjektiv-öffentliches Recht auf Information ?	218
V. Positive Ansprüche aus der Petitionsfreiheit ?	222
VI. Presseförderung	224
VII. Positive Ansprüche aus der Sprachenfreiheit ?	226
VIII. Eigentumsgarantie : Recht auf Erschliessung ?	229
IX. Recht auf Antenne	234
X. Kleine Sozialrechte und Anspruch auf Fürsorge	236
A. Kleine Sozialrechte	236
B. Anspruch auf Fürsorge	237
XI. Schlussfolgerung	240
§ 8 Akzessorische Leistung	242
I. Begriff und Mechanismus	245
II. Die normativen Grundlagen akzessorischer Leistung	245
A. Gleichbehandlungsgebot und Willkürverbot	245
B. Die Differenzierungsverbote der Verfassung	247
C. Bedeutung	249
1. Für die Rechtsetzung	249
2. Für die Rechtsanwendung	249
a) Bindung an das Gleichheitsgebot	250
b) Selbstbindung der Verwaltung	250
c) Exkurs: Der Entscheid Vigilance, BGE 97 I 731	250
d) Vorbehalt der Praxisänderung	252

III.	Die einzelnen Fälle	254
	A. Anspruch auf rechtsgleiche, gesetzesmäßige Begünstigung	254
	1. Anspruch auf rechtsgleiche Zulassung zu öffentlichen Anstalten und zum gesteigerten Gemeingebrauch	254
	2. Auswahl weiterer Fälle	256
	B. Anspruch auf rechtsgleiche, aber gesetzeswidrige Begünstigung	258
	C. Anfechtung von verfassungswidriger Begünstigung durch Nichtprivilegierte	260
	1. Anfechtung drittbegünstigender Hoheitsakte mit der staatsrechtlichen Beschwerde	260
	a) Legitimation bei begünstigendem Erlass	261
	b) Legitimation bei begünstigender Verfügung	261
	2. Anfechtung drittbegünstigender Verfügungen mit der Verwaltungsgerichtsbeschwerde	262
	D. Begründung von Leistungsansprüchen durch behördliche Zusicherung	263
§ 9	Mittelbar grundrechtsrelevante Leistung	266
I.	Allgemeines	266
II.	Grundrechte und öffentlicher Grund	269
	A. Benützung öffentlichen Grundes - ein Leistungsproblem ?	269
	B. Die bundesgerichtliche Rechtsprechung im einzelnen	273
	1. Zur Handels- und Gewerbefreiheit	273
	2. Zu den ideellen und politischen Grundrechten	275
	C. Geltungskraft der Grundrechte auf öffentlichem Grund	278
	1. Polizeiliche Gefahrenabwehr als Schranke	278
	2. Andere öffentliche Interessen als Schranke	279
	3. Exkurs: Zulassung zu öffentlichen Anstalten	287
	D. Leistungsaspekte im Bereich der Grundrechtsausübung auf öffentlichem Grund	288
III.	Mittelbar grundrechtsrelevante Leistung im Bereich der Untersuchungshaft und Strafgefangenschaft	291
	A. Allgemeines	291
	B. Die einzelnen Leistungen	291
	C. Ueberlegungen zur Rechtsnatur der Leistungen	294
	1. Gefangenschaft als Eingriff in die Grundrechts-sphäre	294
	2. Exkurs: Das "besondere Gewaltverhältnis"	296
	3. Staatliche Leistung zugunsten Gefangener	301

L i t e r a t u r v e r z e i c h n i s

- Abderhalden, Ernst Die Rechtsprechung des Bundesgerichtes zu den Wirtschaftsartikeln der Bundesverfassung, WuR, I (1949) 210 und II (1952) 148
- Abel, Gunther Die Bedeutung der Lehre von den Einrichtungsgarantien für die Auslegung des Bonner Grundgesetzes, Berlin 1964
- Abelein, Manfred Die Grundrechte als Teilhaberechte, in: Studien zum Staats- und Völkerrecht, Festschrift für H. Raschhofer zu seinem 70. Geburtstag, Kallmünz 1977
- Abendroth, Wolfgang Zum Begriff des demokratischen und sozialen Rechtsstaates im Grundgesetz der BRD, in: Rechtstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit, hrsg.von E.Forsthoff, Darmstadt 1968
- Aebersold, Peter Der Zweck des Strafvollzuges und die Rechtstellung des Gefangenen, in: FS zum schweiz. Juristentag 1973, Basel 1973, 169ff
- Aubert, Jean François La liberté d'opinion, ZSR 92 I (1973) 429ff
zit: liberté d'opinion
- ders. Traité de droit constitutionnel Suisse, Neuchâtel 1967
zit: droit constitutionnel
- Barrelet, Denis Le droit du journaliste à l'information, SJZ 75 (1979) 69ff
zit: droit à l'information
- ders. La liberté d'information, Bern 1972
zit: liberté d'information
- Bäumlin, Richard Lebendige oder gebändigte Demokratie, Basel 1978
zit: Demokratie
- ders. Der schweizerische Rechtsstaatsgedanke, ZBJV 101 (1965) 81ff
zit: Rechtsstaatsgedanke
- Benz, Christian Die Kodifikation der Sozialrechte, Zürich 1973
- Bieback, Karl Jürgen Grundrechtliche Freiheit und paritätische Mitbestimmung, in: Mayer/Reich (hrsg), Mitbestimmung contra Grundgesetz?, Darmstadt und Neuwied 1975
- Biland, Fridolin Die Erschliessung von Bauland unter besonderer Berücksichtigung des aargauischen Rechts, Basel 1974 (Maschinenschrift)

- Böckenförde,
Ernst-Wolfgang Staat, Gesellschaft, Freiheit, Frankfurt/M 1976; darin:
- Die Bedeutung der Unterscheidung von Staat und Gesellschaft im demokratischen Sozialstaat der Gegenwart, 185ff
 zit: Unterscheidung von Staat und Gesellschaft
- Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation, 221ff
 zit: Grundrechtstheorie
- Bosshart, Jürg Demonstrationen auf öffentlichem Grund, Zürich 1973
- Brunner, Georg Die Problematik der sozialen Grundrechte, Recht und Staat, Heft 404/405, Tübingen 1971
- Campiche, Edouard Die verfassungskonforme Auslegung, Zürich 1978
- Chlosta, Joachim Der Wesensgehalt der Eigentumsgewährleistung, Berlin 1975
- Christen, Heinz-Peter Die Wirtschaftsverfassung des Interventionismus, Zürich und St. Gallen 1970
- Däubler, Wolfgang Einige Überlegungen zur alternativen Rechtsinterpretation, in: Abendroth u.a., Der Kampf um das Grundgesetz, Frankfurt/M 1977
- Dax, Günter Das Gleichbehandlungsgebot als Grundlage positiver subjektiv-öffentlicher Rechte, Bonn 1969
- Denninger, Ernst Freiheitsordnung - Wertordnung - Pflichtordnung, JZ 30 (1975) 545ff
- Dombois, Hans Artikel 'Institution II' in: Evangelisches Staatslexikon, 2.A., Berlin 1975
- Dreier, Ralf Zur Problematik und Situation der Verfassungsinterpretation, in: Dreier/Schwegmann, Probleme der Verfassungsinterpretation, Baden-Baden 1976
- Drews, Bill/Wacke,
Gerhard/Vogel, Klaus/
Martens, Wolfgang Gefahrenabwehr. Allgemeines Polizeirecht (Ordnungsrecht) des Bundes und der Länder 8.A., Bd. 1 Köln u.a. 1975; Bd. 2 Köln u.a. 1977
- Dubiel, Helmut Identität und Institution, Düsseldorf 1973
- Egloff, Willi Informationsprivilegien staatlicher Organe als Rechtsproblem, SJZ 71 (1975) 169ff
- Ehmke, Horst Prinzipien der Verfassungsinterpretation, VVDStRL 20 (1963) 53ff
- Engeler, Peter Die Erschliessung von Baugrundstücken nach zürcherischem Recht, Zürich 1976

- Esser, Josef Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung, Frankfurt/M 1970
zit: Vorverständnis
- Expertenkommission für die Vorbereitung einer Totalrevision der Bundesverfassung, Bericht, Bern 1977
zit: Bericht VE
- Expertenkommission für die Revision von Art. 55 BV, Presse-recht, Presseförderung, Bericht vom 1.5. 1975, Bern
zit: Presseförderung
- Fiedler, Wilfried Sozialer Wandel, Verfassungswandel, Recht-sprechung, Freiburg und München 1972
- Fleiner, Fritz Schweizerisches Bundesstaatsrecht, Tü-bingen 1923
- Fleiner, Fritz/
Giacometti, Zaccaria Schweizerisches Bundesstaatsrecht, Zürich 1949
- Fleiner, Thomas Grundzüge des allgemeinen und schweize-rischen Verwaltungsrechtes, Zürich 1977
zit: Verwaltungsrecht
- ders. Demokratie und Informationsfreiheit,
ZSR 89 I (1970) 374ff
zit: Informationsfreiheit
- Fischer, Konrad Ueber den Geltungsbereich der Presse-freiheit, Zürich 1973
- Forsthoff, Ernst Lehrbuch des Verwaltungsrechtes, Allge-meiner Teil, München, 10.A, 1973
zit: Verwaltungsrecht
- ders. Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates,
in: Rechtstaatlichkeit und Sozialstaatlich-keit, Darmstadt 1968
zit: Sozialer Rechtsstaat
- ders. Die Umbildung des Verfassungsgesetzes, in:
Festschrift für C. Schmitt, Berlin 1959,
35ff
zit: Umbildung
- Friauf, Karl-Heinrich Zur Rolle der Grundrechte im Interventions-und Leistungsstaat, DVBL 86 (1971), 674ff
- Friesenhahn, Ernst Der Wandel des Grundrechtsverständnisses,
in: Verhandlungen des 50. deutschen Juri-stentages, München 1974, Bd. II, G lff
- Gehlen, Arnold Urmensch und Spätkultur, Frankfurt 1976
- Giacometti, Zaccaria Die Freiheitsrechtskataloge als Kodifika-tion der Freiheit, ZSR 74 I (1955) 149ff
zit: Kodifikation der Freiheit
- ders. Das Staatsrecht der Schweizerischen Kan-tone, Zürich 1941
zit: Staatsrecht
- ders. Die Auslegung der schweizerischen Bundes-verfassung, Recht und Staat, Tübingen 1925, Bd. 39
zit: Auslegung

- Göldner, Detlef Chr. Verfassungsprinzip und Privatrechtsnorm in der verfassungskonformen Auslegung und Rechtsfortbildung, Schriften zur Rechtstheorie, Berlin 1969, No. 18
- Goerlich, Helmut Wertordnung und Grundgesetz, Baden-Baden 1973
- Grimm, Dieter Verfassungsfunktion und Grundgesetzreform, AÖR 97 (1972) 489ff
- Grisel, André La liberté personnelle et les limites du pouvoir judiciaire, Revue internationale de droit comparé 27 (1975), No. 3, 549 ff
zit: liberté personelle
- ders. Juridiction constitutionnel de demain, ZBL 72 (1971) 209ff
zit: Juridiction constitutionnel
- ders. Droit administratif suisse, Neuchâtel 1970
- Grisel, Etienne Les droits sociaux, ZSR 92 II (1973) 13ff
- Gueng, Urs Zur Verbindlichkeit verwaltungsbehördlicher Auskünfte und Zusagen, ZBL 71 (1970) 449ff, 473ff, 497ff
- Gygi, Fritz Grundrechtskonkurrenz? in: Mélanges H. Zwahlen, Lausanne 1977, 61ff
zit: Grundrechtskonkurrenz,
- ders. Die schweizerische Wirtschaftsverfassung, Bern und Stuttgart, 2.A. 1978
zit: Wirtschaftsverfassung
- Gysi, Peter Die sozialpolitische Begrenzung der Handels- und Gewerbefreiheit in ihrer Bedeutung für den schweizerischen Rechtsstaat, Zürich 1977
- Häberle, Peter Zeit und Verfassung, ZfP 21 (1974) 111ff
zit: Zeit und Verfassung
- ders. Allgemeine Staatslehre, demokratische Verfassungslehre oder Staatsrechtslehre, AÖR 98 (1973) 119ff
zit: Staatslehre
- ders. Grundrechte im Leistungsstaat, VVDStRL 30 (1972) 43ff
zit: Grundrechte
- ders. Die Wesensgehaltgarantie des Art. 19 Abs. 2 GG, München 2.A. 1972
- Häfelin, Ulrich Verfassungsgebung, ZSR 93 II (1974) 75ff
- Haefliger, Arthur Die Sprachenfreiheit in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, in: Mélanges H. Zwahlen, Lausanne 1977, 77ff
- Hall, Karl-Heinrich Das Numerus-clausus-Urteil und seine Folgen - BVerfGE 33.303, JuS 14 (1974) 87ff
- Haller, Walter Ausbau der Verfassungsgerichtsbarkeit? ZSR 97 I (1978) 501ff
zit: Verfassungsgerichtsbarkeit
- ders. Die akademische Lehrfreiheit als verfassungsmässiges Recht, ZSR 95 I (1976) 113ff
zit: Lehrfreiheit

- ders. Supreme Court und Politik in den USA, Bern 1972
zit: Supreme Court
- Häring, Cyrill Grundrechte im Bereich der Bildung, Basel 1976
- Hartwich, Hans-Hermann Sozialstaatspostulat und gesellschaftlicher Status quo, Köln und Opladen 1970
- Hauriou, Maurice Die Theorie der Institution und der Gründung, hrsg. von R. Schnur, Schriften zur Rechtstheorie, Heft 5, Berlin 1965
zit: Theorie der Institution
- Hauser, Marc Thomas Informationsbeschaffung als Rechtsproblem, Zürich 1978
- Hauser, Robert Die Untersuchungshaft im Lichte des Verfassungsrechtes und der Menschenrechtskonventionen, ZStrR 95 (1978) 225ff
- Heller, Hermann Staatslehre, Leiden, 4.A. 1970
- Herzog, Roman Allgemeine Staatslehre, Frankfurt/M 1971
zit: Staatslehre
- ders. Grundrechte und Gesellschaftspolitik, in: Berliner Festschrift für E. Hirsch, Berlin 1968, 63ff
zit: Grundrechte
- Hesse, Konrad Bestand und Bedeutung der Grundrechte in der BRD, EuGRZ 5 (1978) 427ff
zit: Bestand und Bedeutung
- ders. Grundzüge des Verfassungsrechts der BRD, 10.A., Heidelberg und Karlsruhe 1977 (die 11., in dieser Arbeit nicht mehr berücksichtigte Auflage erschien 1978)
zit: Grundzüge
- ders. Bemerkungen zur heutigen Problematik und Tragweite der Unterscheidung von Staat und Gesellschaft, DöV 28 (1975) 437ff
zit: Unterscheidung
- ders. Grenzen der Verfassungswandlung, in: Festschrift für U. Scheuner, Berlin 1973, 128ff
zit: Verfassungswandel
- ders. Der Gleichheitsgrundsatz im Staatsrecht, AÖR 77 (1951/1952) 167ff
zit: Gleichheitsgrundsatz
- Hollerbach, Alexander Auflösung der rechtstaatlichen Verfassung? AÖR 85 (1960) 241ff
- Huber, Hans Die persönliche Freiheit - Eine Kritik der neueren Auffassung des Bundesgerichtes SJZ 69 (1973) 113ff
zit: Persönliche Freiheit
- ders. Ueber die Konkretisierung von Grundrechten, in: Der Staat als Aufgabe, Gedenkschrift für M. Imboden, Basel 1972, 191ff
zit: Konkretisierung

- ders. Die Grundrechte in der Schweiz, in: Bettermann/Neumann/Nipperdey, Die Grundrechte, Bd. I/1, Berlin 1966, 175
zit: Grundrechte
- ders. Die Bedeutung der Grundrechte für die sozialen Beziehungen unter den Rechtsgenossen, ZSR 74 I (1955) 173ff
zit: Soziale Beziehungen
- ders. Probleme des ungeschriebenen Verfassungsrechtes, ZBJV 91 bis (1955) 95ff
zit: Probleme
- ders. Grundrechte und Polizeigewalt, ZBL 53 (1952) 233ff
zit: Grundrechte und Polizeigewalt
- ders. Die Garantie der individuellen Verfassungsrechte, ZSR 55 (1936) 1 a ff
zit: Garantie
- Hug-Beeli, Gustav Wo liegt die Grenze der persönlichen Freiheit? Zürich 1976
- Imboden, Max
Rhinow, René A. Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, Basel 5. A. 1976
zit: Imboden/Rhinow I oder II (je nach Band)
- Ipsen, Hans Peter Ueber das Grundgesetz - nach 25 Jahren, DöV 27 (1974) 289ff
- Jellinek, Georg System der subjektiven öffentlichen Rechte, Tübingen, 2.A. 1905
zit: System
- ders. Allgemeine Staatslehre, Berlin, 3.A. 1914
zit: Staatslehre
- Jost, Andreas Die neueste Entwicklung des Polizeibegriffes im schweizerischen Recht, ASR, Heft 438, Bern 1975
- Kaufmann, Otto
Konstantin Bestand und Bedeutung der Grundrechte in der Schweiz, EuGRZ 5 (1978) 475ff
zit: Bestand und Bedeutung
- ders. Etoilauto S.A. c. Confédération, in: Mélanges H. Zwahlen, Lausanne 1977, 139ff
zit. Etoilauto
- ders. Verfassungsgerichtsbarkeit 1875-1974-19...? ZSR 93 I (1974) 339ff
zit: Verfassungsgerichtsbarkeit
- Keller, Adolf Die Kritik, Korrektur und Interpretation des Gesetzeswortlautes, Zürich 1960
- Kimminich, Otto Urteilsanmerkung zu BVerfGE 33.303 JZ 27 (1972) 696ff
- Klein, Hans Die Grundrechte im demokratischen Staat, res publica, Beiträge zum öffentlichen Recht, Bd 26, Stuttgart u.a. 1972

- Klöpfer, Michael Grundrechte als Entstehungssicherung und Bestandesschutz, München 1970
- Knapp, Blaise L'exercice du droit d'initiative sur la place publique, Sem.jud. 27 (1972) 417ff
- Koch, Hans-Joachim Die juristische Methode im Staatsrecht, Frankfurt/M 1977
- Kopp, Hans W. Information in der Demokratie, Bausteine einer Medienpolitik, Zürich und Köln 1976
- Kratzmann, Horst Grundrechte - Rechte auf Leistungen Bern/Frankfurt 1974
- Kriele, Martin Theorie der Rechtsgewinnung - entwickelt am Problem der Verfassungsinterpretation, 2. A, Berlin 1976
- Kühnl, Reinhold Formen bürgerlicher Herrschaft, Reinbek 1976
- Leibholz, Gerhard Strukturprobleme der modernen Demokratie, Karlsruhe 1958
- Leisner, Walter Grundrechte und Privatrecht, München 1960
- Lendi, Martin Planungsrecht und Eigentum, ZSR 95 (1976) 1ff
- Lerche, Peter Das Bundesverfassungsgericht und die Verfassungsdirektiven, AÖR 90 (1965) 341ff
zit: Verfassungsdirektiven
- ders. Uebermass und Verfassungsrecht, Köln u.a. 1961
zit: Uebermass
- Lipp, Wolfgang Artikel 'Institution I' in Evangelisches Staatslexikon, 2.A. Berlin 1975
- Luhmann, Niklas Grundrechte als Institution, Berlin 1965
- Martens, Wolfgang Grundrechte im Leistungsstaat, VVDStRL 30 (1972) 7ff
zit: Grundrechte
- ders. Öffentlich als Rechtsbegriff, Bad Homburg 1969
zit: Öffentlich als Rechtsbegriff
- Marti, Hans Die staatsrechtliche Beschwerde, Basel und Stuttgart, 3.A. 1977 (die 4., in dieser Arbeit nicht mehr berücksichtigte Auflage, erschien 1979)
zit: Staatsrechtliche Beschwerde
- ders. Die Wirtschaftsfreiheit der schweizerischen Bundesverfassung, Basel 1976
zit: Wirtschaftsfreiheit
- Martin, Pierre Die Rechtsnatur des Erschliessungsrechts, Diessenhofen 1977
- Mastronardi, Philippe Der Verfassungsgrundsatz der Menschenwürde in der Schweiz, Berlin 1978

- Matter, Hans Peter Die Legitimation der Gemeinde zur staatsrechtlichen Beschwerde, Bern 1965
- Maunz, Theodor/Dürig, Günter/Herzog, Roman/Scholz, Ruppert Grundgesetz, Kommentar, 5.A. München 1978
- Maunz, Theodor Deutsches Staatsrecht, 22.A. München 1978
- Maus Ingeborg Bürgerliche Rechtstheorie und Faschismus. Zur sozialen Funktion und aktuellen Wirkung der Theorie Carl Schmitts, München 1976
- Merten, Detlef Die Bindung des Richters an Gesetz und Verfassung, DVBL 90 (1975) 677ff
- Meyer, Jürgen A.E. Schutz des Eigentums, Grundgesetz und paritätische Mitbestimmung, in: Mayer/Reich (Hrsg.), Mitbestimmung contra Grundgesetz ? Damstadt 1975, 60ff
- Morand, Charles-Albert Les droits fondamentaux en suisse, Recueil des travaux suisses présentés au IXe Congrès international de droit comparé, Basel 1976
zit: droits fondamentaux
- ders. La liberté de la radio et de la télévision, in: Mélanges offerts à la Société Suisse des Juristes, Genève 1976
zit: radio et télévision
- ders. Tendances récentes dans le domaine de la liberté d'expression, Douzième Journée Juridique, Mémoires publiés par la Faculté de Droit de Genève, vol 39 (1972) 22ff
zit: tendances
- Müller, Friedrich Juristische Methodik, 2.A. Berlin 1976
zit: Juristische Methodik
- ders. Juristische Methodik und politisches System, Berlin 1976
zit: Politisches System
- ders. Rechtstaatliche Form, Demokratische Politik, Berlin 1972, darin:
- Thesen zur Grundrechtsdogmatik, 48ff
 zit: Grundrechtsdogmatik
- Zugang zu öffentlichen Aemtern und verfassungsrechtliche Diskriminierungsverbote, 95ff
 zit: Zugang zu öffentlichen Aemtern
- Arbeitsmethoden des Verfassungsrechtes, 145ff
 zit: Arbeitsmethoden
- Thesen zur Struktur von Rechtsnormen, 257ff
 zit: Thesen
- Rechtstaatliche Methodik und politische Rechtstheorie, 271ff
 zit: Rechtstaatliche Methodik
- ders. Normstruktur und Normativität, Berlin 1966
zit: Normstruktur

- Müller, Jörg Paul Grundrechte und staatsleitende Grundsätze im Spannungsfeld der heutigen Grundrechtstheorie, ZSR 97 I (1978) 265ff
zit: Grundrechtstheorie
- ders. Die Anwendung der EMRK in der Schweiz, ZSR 94 I (1975) 373ff
zit: EMRK
- ders. Soziale Grundrechte in der Verfassung ? ZSR 92 II (1973) 698ff
zit: Soziale Grundrechte
- ders. Die Grundrechte der Verfassung und der Persönlichkeitsschutz des Privatrechtes, Bern 1964
zit: Grundrechte
- Mutius, Albert von Grundrechte als Teilhaberechte - zu den verfassungsrechtlichen Aspekten des "numerus clausus", Verw. Arch. 64 (1973) 183ff
- Nef, Hans Handels- und Gewerbefreiheit, Schweizerische Juristische Kartothek, Karten 616 - 622 a
- Noack, Harald Sozialstaatsklauseln und juristische Methode, Baden - Baden 1975
- Oertzen, Peter von Die soziale Funktion des staatsrechtlichen Positivismus, Frankfurt/M 1974
- Oestreich, Gerhard Geschichte der Menschenrechte und Grundfreiheiten im Umriss, Berlin 1968
- Oftinger, Karl Lärmbekämpfung als Aufgabe des Rechts, Zürich 1956
- Ott, Claus Die soziale Effektivität des Rechts bei der politischen Kontrolle der Wirtschaft, in: Zur Effektivität des Rechts, Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie, Bd. 3, Düsseldorf 1972, 345ff
- Perels, Joachim Die Grenzmarken der Verfassung, KJ 10 (1977) 375ff
- Philippi, Klaus Jürgen Tatsachenfeststellungen des Bundesverfassungsgerichtes, Köln u.a. 1971
- Podlech, Adalbert Gehalt und Funktionen des allgemeinen verfassungsrechtlichen Gleichheitssatzes, Berlin 1971
zit: Gleichheitssatz
- ders. Wertungen und Werte im Recht, AÖR 95 (1970) 185ff
zit: Wertungen

- Radbruch, Gustav Parteienstaat und Volksgemeinschaft, Die Gesellschaft, 1929, Heft 2, 97ff
- Raissig, Jürgen Das Petitionsrecht in der Schweiz - Re-
likht oder Chance ?, Zürich 1977
- Rehbinder, Manfred Schweizerisches Presserecht, Bern 1975
- Rhinow, René A. Die bundesgerichtliche Rechtsprechung zur
Demonstrationsfreiheit, ZBL 72 (1971) 33ff,
57ff
zit: Demonstrationsfreiheit
- ders. Der Grundrechtskatalog als Problem des
Verfassungsrechtes, ZBL 70 (1969) 225ff
zit: Grundrechtskatalog
- Richner, Erich Umfang und Grenzen der Freiheitsrechte
der Beamten nach schweizerischem Recht,
Aarau 1954
- Rickenbach, Walther Sozialwesen und Sozialarbeit in der
Schweiz, 3.A., Zürich 1972
- Ridder, Helmut Die soziale Ordnung des Grundgesetzes, in:
Verfassungsrecht, Bad Wildunger Beiträge
zur Gemeinschaftskunde, Bd. 5, hrsg.von
J. Mück, Opladen 1975
zit: Soziale Ordnung
- ders. Sehfahrt tut not! in: Fortschritte des
Verwaltungsrechtes, Festschrift für H.J.
Wolf zum 75. Geburtstag, München 1973,
324ff
zit: Sehfahrt tut not!
- Roellecke, Gerd Die Bindung des Richters an Gesetz und
Verfassung, VVDStRL 34 (1976) 7ff
- Rupp, Hans Heinrich Vom Wandel der Grundrechte, AÖR 101
(1976) 161ff
- Rüthers, Bernd Institutionelles Rechtsdenken im Wandel
der Verfassungsepochen, Bad Homburg u.a.
1970
zit: Institutionelles Rechtsdenken
- ders. Die unbegrenzte Auslegung, Tübingen 1968
zit: Unbegrenzte Auslegung
- Saladin, Peter Das Verfassungsprinzip der Fairness, in:
Erhaltung und Entfaltung des Rechts in
der Rechtsprechung des schweizerischen
Bundesgerichtes, Basel 1975
zit: Fairness
- ders. Grundrechte im Wandel, 2.A. Bern 1975
zit: Grundrechte
- ders. Unerfüllte Bundesverfassung ?, ZSR 93 I
(1974) 307ff
zit: Unerfüllte Bundesverfassung?

- ders. Das Recht auf Bildung, ZSR 90 I (1971), 113ff
zit: Recht auf Bildung
- ders. Funktion der Grundrechte in der revidierten Verfassung, ZSR 87 I (1968) 531ff
zit: Funktion
- ders. Entwicklungshilfe als Verfassungsauftrag, ZSR 91 I (1972) 121ff
zit: Entwicklungshilfe
- Sasse, Christoph Die verfassungsrechtliche Problematik von Steuerreformen, AÖR 85 (1960) 423ff
- Schaumann, Wilfried Der Auftrag des Gesetzgebers zur Verwirklichung der Grundrechte, JZ 25 (1970) 48ff
- Schelsky, Helmut Zur soziologischen Theorie der Institution, in: Zur Theorie der Institution, hrsg. von H. Schelsky, Düsseldorf 1970, 9ff
- Scheuerle, Wilhelm A. Das Wesen des Wesens, AcP 163 (1964) 429ff
- Scheuner, Ulrich Staatszielbestimmungen, in: Festschrift für E. Forsthoff, 2.A., München 1974, 325ff
zit: Staatszielbestimmungen
- ders. Funktion der Grundrechte im Sozialstaat, DÖV 24 (1971) 505ff
zit: Funktion
- ders. Pressefreiheit, VVDStRL 22 (1965) 1ff
zit: Pressefreiheit
- ders. Die staatliche Intervention im Bereiche der Wirtschaft, VVDStRL 11 (1954) 1ff
zit: Intervention
- Schmidt, Reiner Wirtschaftspolitik und Verfassung, Baden-Baden 1971
- Schmitt, Carl Freiheitsrechte und institutionelle Garantien der Reichsverfassung (1931). in: Verfassungsrechtliche Aufsätze, Berlin 1958, 140ff
zit: Institutionelle Garantien
- ders. Ueber die 3 Arten rechtswissenschaftlichen Denkens, Hamburg 1934
zit: Rechtswissenschaftliches Denken
- Schneider, Hans Peter Die Gesetzmässigkeit der Rechtsprechung, DÖV 28 (1975) 443ff
zit: Gesetzmässigkeit
- Schneider, Peter Prinzipien der Verfassungsinterpretation, VVDStRL 20 (1963) 1ff
zit: Prinzipien
- Schubarth, Martin Die Rechte des Beschuldigten im Untersuchungsverfahren, besonders bei Untersuchungshaft, ASR, Heft 417, Bern 1973

- Schuler, Josef Lärmbekämpfung durch die Polizei, ZBL
69 (1968) 303ff
- Schüler-Springorum, Horst Strafvollzug im Uebergang, Göttingen 1969
- Schweingruber, Ernst Sozialgesetzgebung der Schweiz, 2.A.,
Zürich 1977
- Simonius, Pascal Eigentum und Raumplanung, Zeitfragen der
schweizerischen Wirtschaft und Politik,
No 106, Zürich 1976
- Smend, Rudolf Verfassung und Verfassungsrecht, in:
Staatsrechtliche Abhandlungen und andere
Aufsätze, Berlin 1955, 119ff
- Staff, Ilse Justiz im Dritten Reich, Frankfurt/M 1978
- Stalder, Christoph "Preferred Freedoms" - Das Verhältnis der
Meinungsäusserungsfreiheit zu den anderen
Grundrechten, ASR, Heft 447, Bern 1977
- Starck, Christian Die Bindung des Richters an Gesetz und Ver-
fassung, VVDStRL 34 (1976) 43ff
- Steiger, Heinhard Institutionalisierung der Freiheit ? in:
Theorie der Institution, hrsg. von H.
Schelsky, Düsseldorf 1970, 91ff
- Stüdeli, Rudolf Die Handels- und Gewerbefreiheit auf dem
öffentlichen Grund und Boden, Bern 1951
- Suhr, Dieter Artikel 'Systemtheorie' in: Evangelisches
Staatslexikon, 2.A., Berlin 1975
- Tiedemann, Klaus Die Rechtstellung des Strafgefangenen nach
französischem und deutschem Verfassungs-
recht ..., Bonn 1963
- Veit, Wolfgang Die Rechtstellung des Untersuchungsgefan-
genen, dargestellt am Modell des Briefver-
kehrs, Frankfurt/M 1971
- Viletta, Rudolf Abhandlung zum Sprachenrecht mit besonde-
rer Berücksichtigung des Rechts der Gemein-
den des Kantons Graubünden, Bd 1, Grundla-
gen des Sprachenrechts, Zürich 1978
- Wespi, Kaspar Die Drittwirkung der Freiheitsrechte,
Zürich 1965
- Wildhaber, Luzius Soziale Grundrechte, in: Der Staat als
Aufgabe, Gedenkschrift für M. Imboden,
Basel 1972, 371ff
zit: Soziale Grundrechte
- ders. Der belgische Sprachenstreit vor dem euro-
päischen Gerichtshof für Menschenrechte,
Schweiz. Jahrbuch für internationales
Recht, 1969-1970, 9ff
zit: Sprachenstreit
- Willke, Helmut Stand und Kritik der neueren Grundrechts-
theorie, Berlin 1975

- Wolf, Ernst Kritik der institutionellen Rechtsauffassung, in: Theorie der Institution, hrsg. von H. Schelsky, Düsseldorf 1970, 77ff
- Zacher, Hans Soziale Gleichheit, AöR 93 (1968) 362ff
- Zäch, Roger Tendenzen der juristischen Auslegungslehre, ZSR 96 I (1977) 313ff
- Zippelius, Reinhold Allgemeine Staatslehre, 6.A., München 1978
- Zürcher, Beat Das Taxigewerbe aus verwaltungsrechtlicher Sicht, Zürich 1978

Weitere Literaturhinweise im Text.

Abkürzungsverzeichnis

A	Auflage
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
a.E.	am Ende
AHV	Alters- und Hinterlassenenversicherung (BG über die AHV vom 20.12.1946 mit ver- schienenen Revisionen)
Anm	Anmerkung
ÄÖR	Archiv des öffentlichen Rechts
AS	(Amtliche) Sammlung der eidgenössischen Gesetze
ASR	Abhandlungen zum schweizerischen Recht
BBL	Bundesblatt der schweizerischen Eidgenos- senschaft
Bd	Band
BG	Bundesgesetz
BGE	Entscheidungen des schweizerischen Bundes- gerichtes (Amtliche Sammlung)
BGer	Bundesgericht
BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen
BV	Bundesverfassung der schweizerischen Eidge- nossenschaft vom 29.5.1874
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichtes
BVerfGer	Bundesverfassungsgericht
DÖV	Die öffentliche Verwaltung
DRZ	Deutsche Richterzeitung
DVBL	Deutsches Verwaltungsblatt
EG	Einführungsgesetz
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention vom 4.11.1950
EuGRZ	Europäische Grundrechte Zeitschrift
ETH	Eidgenössische Technische Hochschule
EVGE	Entscheidungen des Eidgenössischen Versiche- rungsgerichtes (seit 1970 Band V der amtlichen BGE-Sammlung)
FS	Festschrift
GG	(Bonner) Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23.5.1949

HGF	Handels- und Gewerbefreiheit
hrsg	herausgegeben
HTL	Höhere Technische Lehranstalt
JuS	Juristische Schulung
JZ	(Deutsche) Juristenzeitung
KJ	Kritische Justiz
KUVG	BG über die Kranken- und Unfallversicherung vom 13.6.1911
KV	Kantonsverfassung
LS	Leitsatz
MBV	Monatsschrift für Bernisches Verwaltungsrecht
m.w.H.	mit weiteren Hinweisen
n c	numerus clausus
OG	BG über die Organisation der Bundesrechts- pflege, vom 16.12.1943 / 20.12.1967
Pra	Die Praxis des schweizerischen Bundesgerichtes
Presseförderung	Bericht vom 1.5.1975 der Expertenkommission für die Revision von Art. 55 a BV
RN	Randnote
Sem.jud.	Semaine judiciaire
SJK	Schweizerische juristische Kartothek
SRG	Schweizerische Radio und Fernsehgesellschaft
SVG	BG über den Strassenverkehr vom 19.12.1958
TA	Tagesanzeiger
Ueb.Best.	Uebergangsbestimmung
US	Entscheidungen des amerikanischen Supreme Court (Offizielle Sammlung)
VE	Verfassungsentwurf von 1977
Verw.Arch.	Verwaltungsarchiv
VO	Verordnung
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der deut- schen Staatsrechtslehrer
VwVG	BG über das Verwaltungsverfahren vom 20.12.1968
WEG	Wohnbau- und Eigentumsförderungsgesetz vom 4.10.1974
WRV	Verfassung des deutschen Reiches (Weimarer Ver- fassung) vom 11.8.1919
WuR	Wirtschaft und Recht

ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins
ZBL	Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Gemeindeverwaltung
ZfP	Zeitschrift für Politik
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dez. 1907 (verschiedentlich revidiert)
ZSR	Zeitschrift für schweizerisches Recht
ZStrR	Zeitschrift für schweizerisches Strafrecht

Bei Vor- oder Rückverweisen auf Stellen in grösseren, nicht weiter unterteilten Abschnitten der Arbeit erfolgt eine genauere Kennzeichnung der Hinweisstelle durch Verweis auf die dortige Anmerkungsziffer. (Bsp. § 6 II A Anm. 4 - 14)

1. Kapitel

D A S P R O B L E M

§ 1 L e i s t u n g a u s G r u n d r e c h t e n

In letzter Zeit hat sich das Bundesgericht häufiger als früher mit dem Problem 'Leistung aus Grundrechten' beschäftigen müssen. Dies bestätigt eine kurze Bestandesaufnahme (1) von Fällen, die höchstrichterlicher Rechtsprechung vorgelegen haben: Eine lange Reihe von Entscheiden beschäftigte sich mit dem Problem, ob und inwieweit Grundrechte - involviert sind die Handels- und Gewerbe-freiheit und die Meinungsäusserungsfreiheit im weitesten Sinne - Ansprüche auf Benützung des öffentlichen Grundes zu verleihen vermögen (2); im Zusammenhang mit der persönlichen Freiheit stellte sich die Frage, ob nicht bestimmte staatliche Leistungen erst eine menschenwürdige Existenz in Gefängnissen ermöglichen (3); 1977 sah sich das Gericht mit Anträgen konfrontiert, die über Grundrechtsgarantien den Zugang zu staatlichen Bildungseinrichtungen sichergestellt wissen wollten (4); jüngst hatten die Richter zu entscheiden, ob sich aus der Informationsfreiheit eine Pflicht des Staates, gewisse Informationen zur Verfügung zu stellen, ableiten lasse (5). Zumindest tendenziell scheint die Feststellung J.P. Müllers zuzutreffen, die heutige Verfassungslage könne stichwortartig dadurch gekennzeichnet werden, dass die Abwehrhaltung gegen den Staat in eine Anspruchssituation umgeschlagen habe (6). Das hängt damit zusammen, dass sich über die formale Gewährleistung hinaus der Blick den tatsächlichen Verhältnissen zuwendet; Grundrechte werden stärker von ihrer Verwirklichung, ihrer tatsächlichen Geltung, der Ausübbarkeit durch den Grundrechtsberechtigten her gesehen (7). Die oftmals defizitäre Situa-

1) Eine umfassende Uebersicht findet sich hinten in Kapitel 3

2) Vgl. etwa BGE 101 Ia 473f zur HGF; 100 Ia 392f, 98 Ia 362f zur Meinungsäusserungsfreiheit

3) BGE 102 Ia 279 f, 99Ia 262f

4) BGE 103 Ia 369f, 103 Ia 394 f

5) BGE 104 Ia 88 ff = EUGRZ 6 (1979), 3 ff

6) J.P. Müller, Soziale Grundrechte, 731

7) Klöpfer, 14

tion zwischen normativer Gewährleistung und faktischer Geltung wird durch Inanspruchnahme des Staates zu eliminieren versucht. In diesem Prozess der zunehmenden Forderung nach staatlicher Leistung wird der Grundrechtsgedanke auf verschiedene Weise zu instrumentalisieren versucht.

I. Tendenzen

A. Sozialrechte

Einmal handelt es sich um die Schaffung eines neuen Typs von Grundrechten, in Gestalt der auf positive Gewährleistung gerichteten sozialen Rechte (8).

Die Abgrenzung dieser Rechte zu den klassischen Freiheitsrechten ist problematisch. Die herrschende schweizerische Lehre scheint auf den Leistungscharakter dieser Rechte abzustellen (9). So versteht J.P. Müller unter Sozialrechten "verfassungsrechtliche Gewährleistungen bestimmter staatlicher Leistungen in der Form individualrechtlicher Verbürgungen" (10). Das Abstellen auf den Leistungscharakter scheint allerdings nur dann sinnvoll, wenn die klassischen Grundrechte ausschliesslich auf Abwehr staatlicher Eingriffe gerichtet sind. Das trifft aber nicht zu. Der aus BV 4 abgeleitete Armenrechtsanspruch enthält eine staatliche Leistung *par excellence*; bei einer nicht nur negatorischen Deutung sind weitere Leistungsansprüche denkbar. Damit verliert das Abgrenzungskriterium viel von seiner Schärfe. E. Grisel schlägt vor, eine Abgrenzung nach dem Inhalt der Sozialrechte vorzunehmen (11): Die sozialen Grundrechte "*facilitent le développement de la vie matérielle, économique et sociale au sens le plus large, quand les libertés classiques favorisent l'épanouissement moral, intellectuel et spirituel de l'individu*" (12). Auch hier könnte ange-

8) Martens, Grundrechte, 11

9) Nachweise bei E. Grisel, 87 Anm 7

10) J.P. Müller, Soziale Grundrechte, 832

11) Zu den anderen von ihm geprüften Abgrenzungskriterien vgl. E. Grisel, 85 ff.

12) E. Grisel, 96

merkt werden, dass sich die Grenzen jedenfalls dann verwischen, wenn die klassischen Grundrechte interpretatorisch ausgeweitet werden (13). Während der Diskussion am schweizerischen Juristentag 1973, der sich mit Sozialrechten befasste, wurde denn auch mehrfach hervorgehoben, "qu'il n'existe aucune différence substantielle et de structure entre les droits sociaux d'une part et les droits et libertés plus traditionnels d'autre part" (14). Einigkeit scheint insoweit zu bestehen, als es sich bei den mit den Sozialrechten anvisierten Grundsätzen sozialer Gestaltung nicht um Rechtspositionen handelt, die der Einzelne prozessual geltend machen kann, sondern um Tatbestände, die der Konkretisierung durch den Gesetzgeber bedürfen (15). Sachadäquate Normierungsform sei deshalb nicht die Form klassischer Grundrechte (16), da es sich nicht um unmittelbar durchsetzbare Rechte handle, sondern die Kompetenznorm (17), allenfalls sozialpolitische Richtlinien, Zielbestimmungen oder Gesetzgebungsaufträge (18).

B. Umdeutung des vorhandenen Grundrechtsinstrumentariums

Eine andere Richtung zielt darauf ab, angesichts fehlender sozialer Garantien im vorhandenen Grundrechtskatalog grundrechtliche Leistungsansprüche auf dem Wege der Umdeutung der Freiheitsrechte zu entwickeln (19).

Wenn Freiheitsrechte einerseits auf ihren personalen Grundgehalt, im Sinne des Schutzes besonderer Zonen menschlichen Daseins, einer menschenwürdigen Existenz, zurückgeführt werden, andererseits ihre politische Komponente, ihre konstitutive Funktion für die

13) Dazu gleich folgend B

14) Morand, ZSR 92 II(1973),1093; vgl. auch a.a.O die Voten Saladin, 1096; Rhinow, 1099; Wildhaber 1102

15) Zu den denkbaren Ausnahmen vgl. J.P. Müller, a.a.O., 897ff; Wildhaber, Soziale Grundrechte,390

16) Eine andere Ansicht setzt sich angesichts der Individualbezogenheit sozialer Rechte für eine individualrechtliche Fassung ein und würde der Gefahr 'frustrierender Normalität bei verheissungsvoller Normativität' dadurch begegnen, dass im Anschluss an die Formulierung der Sozialrechte Gesetzgebungsaufträge begründet werden, die bereits eine gewisse Konkretisierung des Leitsatzes bedeuten. Vgl. a.a.O die Voten Saladin,1097 und Rhinow,1101

17) Wildhaber, Soziale Grundrechte,387; Benz,225; J.P. Müller,a.a.O, 839f, 851, 863

18) J.P. Müller, a.a.O, 900ff.

Sicherstellung eines demokratischen Willensbildungsprozesses erkannt wird, erscheint der Schutzauftrag des Gemeinwesens selbstverständlich (20), darüber hinaus die Frage nach Sicherstellung der Voraussetzungen ihrer Ausübung nicht mehr abwegig. So interpretiert, werden auch aus ihnen Leistungsansprüche, konstituieren des Element sozialer Rechte, ableitbar.

Es ist daher nicht verwunderlich, wenn festgestellt wird, solchermaßen neu gedeutete Grundrechte und Sozialrechte stünden in einem eigentlichen Austauschverhältnis (21).

Zuzustimmen ist m.E. den Vorbehalten Rhinows (22) gegenüber einer Ansicht, die angesichts der Austauschbarkeit die Umdeutung und Ausschöpfung bereits gegebener Verfassungsprinzipien in den Vordergrund rückt und die Verankerung von Sozialrechten, in welcher Form auch immer, eher auf eine bloss wünschbare oder fakultative Ebene verweist. Rhinow weist auf die spezifisch schweizerische Ausprägung der Verfassungsgebung, ihre Bedeutung für die politische Auseinandersetzung hin und stellt fest: "Ein Verfassungsappell institutionell verstandener klassischer Grundrechte oder sozialer Teilgehalte des Rechtsgleichheitsgebotes hat bei uns doch ein grundlegend anderes, geringeres Gewicht als ein von Volk und Ständen im offenen politischen Prozess beschlossener Gesetzgebungsauftrag".

Konsequenz dieser Austauschbarkeit ist, dass sich bei der Realisierung leistungsorientierter Grundrechte die gleichen Probleme wie bei den Sozialrechten stellen: Der auf umfassende Gestaltung des Gemeinwesens angelegte Gehalt scheint hier wie dort individualrechtlich kaum durchsetzbar.

20) J.P. Müller, a.a.O., 819

21) J.P. Müller, a.a.O., 818ff, 826, 864; Martens, a.a.O., 30; Häberle, Grundrechte, 91; Scheuner, Funktion, 513; differenzierend Klöpfer, 12 A 66: Einerseits sei die Frage nach den Sozialrechten weiter gefasst, da mit ihnen im Arbeitsverhältnis auch Private verpflichtet würden, was beim Umschlag staatsgerichteter Abwehrrechte in Leistungsrechte ohne Anerkennung einer durchgängigen Drittwirkung nicht der Fall wäre, andererseits sei der Umschlag der Abwehrrechte auch da vorstellbar, wo die sozialen Grundrechte bislang noch keine Forderungen angemeldet hätten.

22) a.a.O., 1099ff

C. Exkurs: Priorität des Verfahrens

Es soll hier auf eine Tendenz hingewiesen werden, die sich bei der Frage nach optimaler Realisierung so weit gefasster Grundrechte herauskristallisiert hat. Dem 'grundrechtsausführenden' Gestaltungsprozess fehlt, da abhängig von sich ändernden ökonomischen, technologischen und gesellschaftlichen Verhältnissen, das Moment der Stabilität. Dies führt zu einem Spannungsverhältnis zwischen Forderungen aus der Wirklichkeit der zu regelnden Materie und der Aufgabe der rechtsetzenden Organe, dauerhafte Regelungen festzulegen (23). An diesen analytischen Befund knüpft die Forderung an, dass "vom Ausbau des Verfahrens her kompensiert werden muss, was an rechtstaatlich geforderter Stabilität im Bereich materieller Regelung weitgehend verloren gegangen ist" (24). Kommunikation der Beteiligten in demokratisch ausgestalteten (Vor-) Verfahren der Rechtsetzung, nicht erst im Nachverfahren verwaltungsgerichtlicher Ueberprüfung von Leistungs- und Lenkungsmassnahmen, liege nicht nur im Individualinteresse der Betroffenen, sondern entspreche auch dem sachgerechten Ausbau des Leistungsstaates (25). Ähnlich Häberle, wenn er einen 'status activus processualis' als Kontaktstelle Grundrecht-Leistungsstaat fordert: "Das vorgezogene Verfahren kann einen Ausgleich der einander widersprechenden Gesichtspunkte gewährleisten, bevor es zum Konflikt kommt". (26).

23) J.P. Müller, a.a.O, 921

24) J.P. Müller, a.a.O, 924

25) J.P. Müller, a.a.O, 713f, ausführlich 921ff; vgl. auch Bäumlin, Demokratie, 111

26) Häberle, Grundrechte, 87; Hesse, Grundzüge, 127, sieht Rechte auf Beteiligung an Verfahren, die auf Planung und Herstellung der Voraussetzungen von Freiheit dienen, als Ausgleich für fehlende subjektive Ansprüche; vgl. auch Rupp, 188. In der Konsequenz dieser verfahrensorientierten Sicht liegt die Forderung an staatliche Organe, in weitem Ausmasse über ihre Tätigkeit zu informieren, um so den Betroffenen den 'Einstieg ins Verfahren' zu erleichtern. Vgl. zu den Anforderungen, die sich daraus für Gehalt und Tragweite der Informationsfreiheit ergeben Fleiner, Informationsfreiheit, 392 und hinten § 7 IV

II. Terminologie und Gegenstand der Arbeit

A. Terminologie

Es scheint mir sinnvoll zu sein, einige die Grundrechte betreffenden Begriffe inhaltlich zu fixieren, um für die Arbeit einen einheitlichen Sprachgebrauch festzulegen.

Grundrechte können einmal verstanden werden als negatorische, defensive Prinzipien; in dieser Umschreibung entsprechen sie der traditionellen Deutung als Abwehrrechte gegen den Staat. Sie können aber auch als Garantien gedeutet werden, die auf Gestaltung des erfassten Lebensbereiches, auf Verwirklichung der in ihnen gewährleisteten Freiheit gerichtet sind. Dies ist im folgenden gemeint, wenn vom positiven Gehalt der Grundrechte die Rede ist. Für diese Seite wird oft auch der Begriff 'objektiv' verwendet (Hesse: Grundrechte als Elemente 'objektiver Ordnung'). Mir scheint der Ausdruck 'positiv' die gestaltende, gewährleistende Funktion besser zu umschreiben (1), zudem können so Verwechslungen mit dem auch noch in anderem Sinne verwendeten 'objektiv' vermieden werden (2). Von diesen Begriffen, die den Inhalt der Grundrechte umschreiben, sind diejenigen zu unterscheiden, die Art und Weise der Realisierung des Gehaltes betreffen. Ist der grundrechtliche Gehalt unmittelbar gestützt auf die Grundrechtsnorm vor dem Richter durchsetzbar, mithin justiziabel, so handelt es sich um ein subjektives Recht. Dies trifft vor allem bei der Abwehrfunktion zu. Für ein Grundrechtsverständnis, dass darin die Funktion von Grundrechten erschöpft sieht, hat sich die treffende Bezeichnung 'subjektiv - defensiv' eingebürgert. Gegenstand unserer Arbeit hingegen sind vor dem Richter durchsetzbare Rechte auf Leistungen; diesen Sachverhalt trifft die Umschreibung 'subjektiv - positives Recht'. Alles was nicht subjektiv durchsetzbar ist, fällt zunächst einmal unter den allgemeinen Begriff 'objektives' Recht. Dies trifft insbesondere für den

-
- 1) In BGE 97 I 230 setzt das Bundesgericht die positive Funktion der Grundrechte in allgemeiner Weise mit der Pflicht der Behörden zum Einsatz der staatlichen Mittel gleich.
 - 2) Soweit in Literatur und Rechtsprechung - vgl. etwa BGE 98 Ia 367 - in dem Zusammenhang von 'positiver staatlicher Leistung' die Rede ist, handelt es sich nach der hier vertretenen Terminologie um eine Tautologie.

positiven Gehalt der Grundrechte zu. Insoweit bestehen enge Zusammenhänge zwischen den Begriffen 'objektiv' und 'positiv', dennoch ist an einer klaren Unterscheidung festzuhalten: Positiv bezeichnet den Inhalt, objektiv die Art und Weise der Realisation des Inhaltes.

Dieses objektive Recht, das auch als programmatische Schicht der Grundrechte bezeichnet wird (3), stellt eine Direktive staatlichen Handelns dar, es richtet sich vor allem an den Gesetzgeber und gibt ihm auf, die gemeinte Freiheit Wirklichkeit werden zu lassen. Die Offenheit des demokratischen Willensbildungsprozesses bedingt, dass dem Gesetzgeber dabei ein weiterer Gestaltungsspielraum bleibt. Zu weit würde es daher gehen, die objektivrechtliche Seite der Grundrechte als inhaltlich konkretisierte, verbindliche Verfassungsaufträge zu bezeichnen.

Nach geltendem schweizerischem Recht gänzlich ausgeschlossen ist die richterliche Durchsetzung -auch ausdrücklich als solche bezeichneter - Gesetzgebungsaufträge (4).

Unter Umständen können sich aus objektiven Verfassungsnormen individualrechtliche Verbürgungen ergeben. Das Bundesgericht hat dies beispielsweise anerkannt in seiner Praxis zum Doppelbesteuerungsverbot (Art. 46.2 BV) und zum Grundsatz "Bundesrecht bricht kantonales Recht" (Art. 2 Ueb.Best.BV) (5).

B. Gegenstand der Arbeit

Die vorliegende Arbeit befasst sich mit staatlichen Leistungen, die aus Grundrechten ableitbar und entsprechend der Rechtsnatur der Freiheitsrechte justiziabel sind, d.h. Ansprüche des einzelnen darstellen, die dieser gegenüber dem Staat unmittelbar gestützt auf die Verfassung (6) geltend machen kann und für deren Durchsetzung besondere judizielle Verfahren bestehen (7). Kurz: Grundrechte als Grundlage positiver, subjektiv-öffentlicher Rechte. Damit ist zugleich gesagt, dass Rechte, die auf grossangelegte Gesellschaftsgestaltung

3) So J.P. Müller, Soziale Grundrechte, 847

4) Vgl. dazu und zu den weitergehenden Möglichkeiten des deutschen Bundesverfassungsgerichtes Müller, a.a.O., 906ff

5) J.P. Müller, a.a.O., 903; Kaufmann, Bestand und Bedeutung, 475

6) d.h., ohne dass es einer Konkretisierung des Grundrechtes durch eine unterverfassungsrechtliche Norm bedarf.

7) Es wird sich dabei hauptsächlich um die staatsrechtliche Beschwerde gemäss OG 84ff handeln.

angelegt sind, von vornherein, da individualrechtlich nicht durchsetzbar, aus dem engeren Betrachtungskreis fallen.

Das trifft vor allem für die Sozialrechte (8) zu. Ein Recht auf Wohnung, auf Arbeit oder Bildung ist zu verstehen als 'Leitlinie zukünftiger Politik' (9), das sich erst nach konkretisierender Ausführungsgesetzgebung allenfalls zu einem subjektiven Recht verlichtet. Soweit Sozialrechte als Abwehrrechte, wie etwa Streikrecht und Koalitionsfreiheit, justiziabel erscheinen, betreffen sie das Leistungsproblem nicht und sind daher hier nicht von Interesse.

Grundlage der hier zu untersuchenden Leistungsansprüche sind die in der heutigen Bundesverfassung enthaltenen geschriebenen und ungeschriebenen verfassungsmässigen Rechte (10).

Die in Frage stehenden Leistungsansprüche können nicht auf ein einheitliches Strukturmodell zurückgeführt werden; das verunmöglicht die Mannigfaltigkeit denkbarer Leistungen, die aus Grundrechten ableitbar scheinen (11). Es wäre verlockend, diese Ansprüche unter den Begriff der Grundrechtsvoraussetzung, verstanden als faktische Voraussetzung der Grundrechtsgeltung, zu subsumieren. Der Begriff trifft zwar in einem allgemeinen Sinne den Sachverhalt, ist aber eindeutig zu konturlos. Die faktischen Voraussetzungen von beispielsweise Pressefreiheit und Versammlungsfreiheit lassen sich nicht unter einen Hut bringen, zudem hilft der Begriff für die hier besonders interessierende Frage, wann eine Leistung subjektiv durchsetzbar ist, nicht. Gerade das angeführte Beispiel zeigt dies: Massnahmen, die die Pressefreiheit strukturell absi-

8) Aber auch für ähnlich weit gefasste klassische Grundrechte, denen interpretatorisch Gestaltungsaufträge an den Gesetzgeber entnommen werden.

9) J.P. Müller, Soziale Grundrechte, 853

10) Vgl. zum Begriff der 'verfassungsmässigen Rechte' die eingehende Definition des BGer's in EUGRZ 6 (1979) 7 (mit einer Literaturübersicht).

11) Hier kann das ganze Spektrum der von der Leistungsverwaltung gewährten Vorteile aktuell werden: Sach-, Geld- und Dienstleistungen.
Vgl. zum Begriff der Leistungsverwaltung Fleiner, Verwaltungsrecht, 28 und Martens, Grundrechte, 8, m.w.H.

chern (12), scheinen individuell kaum durchsetzbar, während der Zugang zu öffentlichem Grund und Boden als eine faktische Voraussetzung der Versammlungsfreiheit durchaus als subjektives Recht vorstellbar ist (13).

Verbindende Gesichtspunkte lassen sich, allerdings erst auf ziemlicher Abstraktionsstufe, in zweierlei Hinsicht finden:

- Grundrechte werden nicht mehr nur allein als Defensivprinzipien gedeutet, die Betrachtung konzentriert sich vielmehr auf ihre für den demokratischen Staat konstitutive Bedeutung. Diese Sicht schliesst auf Grundrechte gestützte Leistungsansprüche nicht mehr kategorisch aus; ebenso bedeutsam ist aber die Tatsache, dass in diesem Ansatz oftmals die Möglichkeit enthalten ist, Fragen, die sich auf den ersten Blick als solche einer grundrechtsabgestützten Leistungsforderung darstellen, in ein durchaus konventionelles Abwehrproblem überzuleiten (14).
- Ein solches Grundrechtsverständnis intendiert zwar eine optimale Erhaltung und vor allem Förderung grundrechtlicher Freiheit, gerade auf subjektiver Ebene, aber auch es hat davon auszugehen, dass Grundrechte mehrere Bedeutungsschichten enthalten, die es auseinanderzuhalten gilt, um die Frage entscheiden zu können, wie die Aufgabenteilung zwischen Gesetzgeber und Richter vorzunehmen ist. Hier scheint die von J.P. Müller vorgeschlagene Differenzierung nach den 'normativen Teilgehalten' (15) weiterzuhelfen. Uns interessiert ausschliesslich, unter welchen Voraussetzungen Leistungen der Schicht unmittelbarer und selbständiger Anspruchsbegründung zuzurechnen sind. Bei der Beantwortung dieser Frage lassen sich unter an sich sehr verschiedenen Leistungen verbindende Gesichtspunkte finden.

12) vgl. dazu Barrelet, *liberté d'information*, 176ff

13) Wobei hier noch offengelassen wird, inwieweit die Benützung öffentlichen Bodens als Leistungsproblem zu betrachten ist. Dazu hinten § 9 II.

14) Dazu vor allem § 9

15) J.P. Müller, a.a.O., 817f, 846ff; vgl. § 7 I Anm. 31ff

III. Leistung und subjektiv-defensives Grundrechtsverständnis

Dem Bemühen, Freiheitsrechten positive Gehalte abzugewinnen, stellt sich vorab ein Hindernis in den Weg: Die in Lehre und Rechtsprechung teilweise noch herrschende Ansicht, Grundrechte seien als reine Abwehrrechte gegenüber dem Staat zu verstehen. Ein solches negatorisches Denken versperrt ab initio den Zugang zur Leistungsidee.

A. Stand der Lehre

Die ältere Staatsrechtslehre hat die Freiheitsrechte ausnahmslos (1) als Abwehrrechte verstanden. Paradigmatisch stellte Fritz Fleiner 1923 fest: "Die individuellen Freiheitsrechte verschaffen dem Einzelnen die Möglichkeit, seine natürliche Handlungsfähigkeit und sein Eigentumsrecht frei von staatlicher Behelligung zu betätigen. Die Freiheitsrechte enthalten deshalb nichts anderes als eine Negation staatlicher Zuständigkeit" (2). Daran wird teilweise bis in die neueste Zeit (3) festgehalten (4).

1) Saladin, Grundrechte, 292

2) Fleiner, 318

3) Saladin, a.a.O., 292; Huber, Grundrechte, 187

4) Als Vertreter dieser Richtung können genannt werden: Fleiner/Giacometti, 243f: "Die Freiheitsrechte der BV (bilden) eine verfassungsrechtliche Beschränkung der staatlichen Wirksamkeit und einen Wall gegen die Aktualisierung der Staatsmacht", allerdings enthalten die Freiheitsrechte nach diesem Autor "zugleich eine freiheitliche Grundlegung der gesamten staatlichen Rechtsordnung."; Nef, Handels- und Gewerbefreiheit, SJK, Blatt 616 I 1 f. (Stand 1966); Aubert, droit constitutionnel, No 1750f, unterscheidet zwar zwischen positiven (Armenrecht, Art. 27 BV und Art. 53 BV) und negativen Rechten, letztere hätten aber nur die Funktion "à délimiter une zone dans laquelle les particuliers peuvent se mouvoir sans craindre l'intervention de l'Etat".; Wespi, 45, 78: "Gegenüber dem Staat gewährleisten die Freiheitsrechte einen negatorischen Unterlassungsanspruch."; Rehinder, 24: "Art. 55 enthält lediglich ein Abwehrrecht. Das Bundesgericht hat sich daher zu Recht der Auffassung der Pressefreiheit als Leistungsanspruch nicht angeschlossen". Vgl. auch Gysi, 32f; Ludwig, Schweizerisches Presserecht, Basel 1964, 113

Daneben nimmt aber in der Diskussion ein anderes Verständnis der Grundrechte immer mehr Raum ein, wonach die Grundrechte vielmehr auf Grundlegung und Gestaltung als auf Ausschluss und Verpönung staatlicher Ordnung gerichtet sind (5).

Für die deutsche Grundrechtstheorie ist es nach Willke inzwischen Gemeinplatz, dass die Grundrechte nicht nur Abwehrrechte gegen den Staat sind (6).

B. Rechtsprechung

Bietet somit die schweizerische Lehre kein einheitliches Bild, so kann ähnliches auch von der bundesgerichtlichen Rechtsprechung gesagt werden. Es wäre verfehlt anzunehmen, das Bundesgericht sei in seiner Rechtsprechung immer nur von einem subjektiv-defensiven Grundrechtsverständnis ausgegangen (7). Das zeigt sich nicht zuletzt in Entscheiden, bei denen Leistungsansprüche in Frage standen. Das Gericht gelangte hier zu Ergebnissen, die nicht anders gedeutet werden können, als dass unter gewissen Umständen eine staatliche Leistungspflicht direkt aus Grundrechten ableitbar ist. Verbaliter hat das Gericht diesen Schritt allerdings noch nicht nachvollzogen. Wie ein roter Faden zieht sich durch die Urteile der Satz: "Der Sinn der Freiheitsrechte ist die Begrenzung der staatlichen Macht gegenüber dem einzelnen Bürger. Sie gewährleisten ihm Schutz vor staatlichen Eingriffen, geben ihm aber keinen Anspruch auf positive Leistungen des Staates" (8).

5) Saladin, Grundrechte, 294; vgl. dazu vor allem § 4 I

6) Willke, 223; pointiert für ein negatorisches Verständnis indessen beispielsweise H.H.Klein, 38, 69, 72

7) Siehe die Nachweise bei Saladin, a.a.O., 300ff; ebenso Stalder, 131; Haller, Lehrfreiheit, 121, 140

8) BGE 98 Ia 367; sinngemäss findet sich der Satz etwa in 92 I 377, 92 I 510 zur Eigentumsfreiheit; 97 I 896 zum Initiativrecht (immerhin mit Hinweis auf die von Aubert erwähnten positiven Rechte; vgl. vorne Anm. 4); 98 Ia 488 zur Petitionsfreiheit; 100 Ia 469 zur Sprachenfreiheit; 98 Ia 367 zur Meinungsäusserungs- und Versammlungsfreiheit; 102 Ia 542, 103 Ia 378 zur HGF; 104 Ia 88, wobei in diesem Urteil erstmals ausführlich geprüft wurde, "ob der positive Anspruch des Bürgers auf Information durch die Behörde als ungeschriebenes Grundrecht anzuerkennen sei", die Frage allerdings mit Hinweis auf die dem Verfassungsrichter funktionellrechtlich gesetzten Schranken verneint wurde.

Im Genfer Prostituierten-Fall (9), als es abzuklären galt, inwieweit die HGF Anspruch auf Benützung des öffentlichen Grundes gibt, weitete das Bundesgericht den Geltungsbereich der HGF nicht zuletzt deshalb aus, weil es feststellte, dass seine bisherige Betrachtungsweise, wonach die Benützung öffentlichen Grundes immer eine staatliche Leistung erfordere, nicht zutreffe, deshalb stünde von dem her einer Ausweitung des Geltungsbereiches der HGF nichts im Wege (10).

Es scheint sich hier für das Gericht um eine unüberwindbare Schwelle zu handeln. Bis heute fehlt der explizite Hinweis, dass aus Grundrechten Leistung ableitbar sei. Dies kann nur so gedeutet werden, dass das Gericht trotz einer - wenigstens im Ergebnis - differenzierteren Rechtsprechung noch allzufest einem negatorischen Grundrechtsdenken verhaftet ist.

C. Schlussfolgerung

Der fragmentatische Ueberblick hat ergeben, dass auf Abwehr beschränktes Freiheitsdenken gerade in der höchstichterlichen Rechtsprechung einen nicht zu unterschätzenden Stellenwert hat. Dieser Befund führt uns dazu, uns einlässlicher mit diesem Grundrechtsverständnis zu beschäftigen, den historischen Hintergrund und die es konstituierenden Elemente zu betrachten; daran wird sich das Urteil über seine Zeitgemässheit anschliessen.

9) BGE 101 Ia 473ff

10) BGE 101 Ia 480

§ 2 Das subjektiv-defensive Grundrechtsverständnis

Dieses Grundrechtsverständnis lässt sich letztlich nur historisch erklären (1). Daher ist es angezeigt, einen kurzen Blick auf die historische Entwicklung der Freiheitsrechte zu werfen.

I. Der historische Hintergrund

A. Entwicklung der Freiheitsrechte (2)

Das Altertum kannte keine Menschenrechte im Sinne unantastbarer Grundrechte (3).

In der mittelalterlichen Welt Europas fanden gegen die sich steigenden Ansprüche der zentralen Gewalt schwere Kämpfe um bestehende Rechte und Freiheiten statt. Resultat dieser Anstrengungen um Rückbindung der obersten Herrschaft waren die 'jura et libertates', die eine der Wurzeln der späteren Menschenrechte sind (4). Berühmtestes Beispiel ist die Magna Charta libertatum von 1215. Dabei handelte es sich nicht um Menschenrechte, verstanden als Rechte, die dem Einzelnen zukommen, sondern um korporative, ständische Rechte, die bestehende Freiheiten und Gewohnheiten, Bräuche und Privilegien einzelner Stände wahren sollten (5). Nicht individuelle Freiheitsrechte, sondern autonome Rechtskreise sollten erhalten bleiben (6).

1) Saladin, Grundrechte, 293; Huber, Soziale Beziehungen, 190, 195; Scheuner, Funktion, 511; Grimm, 491

2) Eine Quellensammlung findet sich bei F. Hartung, Die Entwicklung der Menschen- und Bürgerrechte von 1776 bis zur Gegenwart, 4.A., Göttingen 1972, weitere Literatur im Text.

3) Oestreich, 18; Saladin, Grundrechte, 447; Leisner, 3

4) Oestreich, 25

5) ders., 27

6) Huber, Garantie, 9a

An dieser Stelle drängt sich eine Bemerkung auf: Wenn bei der Untersuchung der Entstehung der Grundrechte nach individualrechtlichen, möglichst noch gegen den Staat gerichteten Rechten gefahndet wird, so stellt dies eine Verengung des Grundrechtsgedankens dar, die, so Leisner (7), darauf zurückzuführen ist, dass erste Forschungsansätze, die in der 2. Hälfte des 19. Jahrhunderts zu lokalisieren sind, das dazumal gängige Schema (Individuum contra Obrigkeitsstaat) in die Vergangenheit zurückprojizierten (8). In dieser Perspektive wird der Menschenrechtsgedanke mit gewissen äusseren Formen seiner Geltendmachung identifiziert; der ganze Bereich 'organisatorischer' Freiheitssicherung (9) entfällt. "Eine wahre Demokratie der antiken Form kann Grundrechte im Sinne Jellineks (10) ebensowenig annehmen wie später Rousseau, lebt sie doch von der Möglichkeit organisatorischer Verwirklichung der Freiheitsidee. Erst wenn die Schwerkraft einer selbstlegitimierten Autorität, die in ihrer organisatorischen Struktur eigenen, unnachprüfbar Gesetzen folgt, organisatorische Freiheitssicherung zur Erfolgslosigkeit zu verdammen scheint, ist Raum für freiheitsrechtliches Anspruchsdenken" (11). Die Erkenntnis dieses Komplementärverhältnisses von organisatorischer und anspruchsmässiger Freiheitssicherung führt dazu, die Geschichte der Grundrechte in dem weiteren Zusammenhang der allgemeinen Freiheitsidee zu sehen, die in verschiedenen Organisationsformen (12), unter anderem auch in der gerichtlichen Durchsetzbarkeit, sich bewährt (13). Ein solcher Ansatz wirkt entscheidend einer dogmatischen Isolierung der Freiheitsrechte im Sinne von Ansprüchen gegen den Staat entgegen.

In die frühe Neuzeit fallen die ersten Ausbildungen des modernen Staates. Der dualistische Ständestaat wandelte sich zum absolutistischen Staatstyp (14). Immer weitere Bereiche des sozialen Lebens unterstanden staatlicher Rechtsetzung und Verwaltung. Bisherige ständische Freiheitsrechte wurden teils vom absolutistischen Staatsrecht aufgenommen, teils unterdrückt. Der dynastische Absolutis-

7) Leisner, 4ff

8) Vgl. dazu die Nachweise bei Leisner, 3f Anm. 2 - 7

9) Leisner, 3

10) vgl. unter diesem Gesichtspunkt das Jellinek-Zitat am Anfang von § 2 II A (bei Anm. 1ff)

11) Leisner, 6

12) Und in verschiedenen Bereichen. Die Freiheitsidee aktualisierte sich nicht nur im hoheitlichen Bereich, sondern auch und vor allem im Bereich des privaten Rechts. Die Beschränkung auf den hoheitlichen Bereich wäre in gesellschaftlichen Formationen, in denen das Freiheitsproblem im - nach heutigen Begriffen - sachenrechtlichen Bereich auftrat (bei Sklaverei, Leibeigenschaft, Bodenunfreiheit) auch tatsächlich sinnlos. Nicht in der Staatsgerichtetheit, sondern im "Ungerichtetsein" (Leisner, 7) liegt der Kern der Freiheitsidee.

13) Leisner, 7

14) Oestreich, 33

mus des 16. bis 18. Jahrhunderts ist als ein grosser Disziplinierungsprozess zu verstehen; der absolutistische Herrscher gestaltete als unabhängiger Gesetzgeber das neue Recht und konnte sich als Repräsentant des Gemeinwohls zum Herrn über Leben und Eigentum aufwerfen (15). Die Bildung des modernen Fürstenstaates, die politische Unfreiheit des wirtschaftlich aufsteigenden Bürgertums (16) bilden den Hintergrund, vor dem der ideelle und reale Kampf um die Menschenrechte der Neuzeit zu sehen ist. Die ideellen Grundlagen änderten sich. Das Naturrecht säkularisierte sich immer mehr; die menschliche Vernunft, ihre Autonomie und die von der Renaissance entdeckte Einzelperson rückten ins Zentrum der Naturrechtslehren (17).

Eine erste Entwicklung setzte in England ein. Locke gab der Idee der fundamentalen Rechte die Begründung und Form, die seither als die klassische gilt. Das grosse und alleinige Ziel, der alleinige Zweck des menschlichen Zusammenschlusses und der Staatsbildung ist "to preserve his (mans) property, that is life, liberty and estate against the injuries and attempts of other man" (18).

Positiven Niederschlag fanden solche Gedanken in der Petition of Rights (1627), einer Gewährleistung alter Rechte, 1679 in der Habeas Corpus Akte, einem Grundgesetz zum Schutz vor willkürlicher Verhaftung. Die Bill of Rights legte 1689 Grundregeln des englischen Rechts- und Staatslebens nieder und schützte mit der Beschränkung königlicher Gewalt durch das Parlament die alten civil liberties. Die neue Thronfolgeordnung von 1701, der Act of Settlement, verpflichtete alle Herrscher auf die bestehenden Gesetze.

15) Oestreich, 33f

16) Das Bürgertum hatte zwar im Laufe der Zeit alle wirtschaftlich wichtigen Positionen besetzt, von Führung in Staat und Kirche war es praktisch ausgeschlossen. Vgl. Kühnl, 12

17) Oestreich, 35f; Kühnl, 14; wobei gerade dem letztgenannten Element eine nicht zu unterschätzende Bedeutung bei der Entwicklung des Freiheitsrechtsgedankens, mithin des Anspruchdenkens zukommt. Ausschliesslich auf staatliche Machtballung kann die Entstehung der Freiheitsrechte nicht zurückgeführt werden. Die gab es schon früher, oftmals in bedrückenderer Form. Hier stiess sie aber auf ein verändertes Bewusstsein der Unterworfenen: auf den Individualismus der Nachrenaissancezeit.

18) Zitiert nach Oestreich, 41; bei Locke ist der Sozialvertrag noch "durchaus objektiv, als Fortsetzung der alten englischen 'staatsorganisierenden' Paktidee gesehen", Leisner, 9

Diese englischen Bills sicherten hauptsächlich althergebrachtes Recht und galten nur für englische Bürger, während die folgenden Erklärungen neues, revolutionäres Recht proklamierten, das für alle Völker gelten sollte (19).

Die grossen Erklärungen der Menschenrechte sind auf amerikanischem und französischem Boden entstanden. Wenn auch die 'Déclaration des droits de l'homme et du citoyen' eine grössere unmittelbare Wirkung ausgeübt hat, so sind doch die Erklärungen der amerikanischen Einzelstaaten als Vorbild von nicht minderer Bedeutung.

Bedeutsam sind die amerikanischen Vorbilder (20) insoweit, als hier positiv normiert zum Ausdruck kommt, dass die Grundrechte nicht nur individuelle Freiheitssphären gegen den Staat sichern wollen, sondern darüber hinaus konstitutiv die ganze politische Ordnung bestimmen. Die erste amerikanische Rechteerklärung, die Virginia Bill of Rights vom 12. Juni 1776 (21), erklärt im Ingress die Menschenrechte "as the basis and foundation of government" (22) und stellt Freiheit damit in einen unlösbaren Zusammenhang mit Organisation. Das kommt auch in den einzelnen Verfassungsartikeln zum Ausdruck, die nicht so sehr die einzelnen Freiheiten bezeichnen (23), als vielmehr das Schwergewicht auf Bestimmungen legen, die eine freiheitssichernde Organisation des Gemeinwesens gewährleisten. Als unerlässlich werden betrachtet: Verantwortlichkeit der Beamten (Art. 2), Verpflichtung der Regierung auf das

19) Huber, Garantie, 9a; Leisner, 9

20) Zu ihrem Stellenwert innerhalb des Loslösungsprozesses der amerikanischen Kolonien von England vgl. Oestreich, 57ff; ausführlich zur Virginia Bill of Rights, G.A. Salander, Vom Wesen der Menschenrechte, Leipzig 1926

21) Die folgenden Belege entstammen der erwähnten Quellensammlung von Hartung (vgl. vorne Anm. 2)

22) Und bezeichnet in Art. 15 "the frequent recurrence to fundamental principles" - womit die erklärten Rechte gemeint sind - als Kennzeichen eines "free government". Siehe auch Wildhaber, Soziale Grundrechte, 376

23) Ausdrücklich benannt werden: Pressefreiheit (Art. 12), Religionsfreiheit (Art. 16); Art. 1 legt fest: "Alle Menschen sind von Natur aus gleichermassen frei und unabhängig und besitzen gewisse angeborene Rechte ..., und zwar den Genuss des Lebens und der Freiheit und dazu die Möglichkeit, Eigentum zu erwerben und zu besitzen und Glück und Sicherheit zu erstreben und zu erlangen".

gemeinsame Beste, Widerstandsrecht bei Nichterfüllen des Auftrages (Art. 3), Nicht-Erblichkeit von Beamten-, Gesetzgeber- und Richterstellen (Art. 4), Gewaltenteilung, regelmässige und freie Wahlen (Art. 5 und 6), Gesetzmässigkeitsprinzip (Art. 7), strafprozessuale Garantien (Art. 8, 9, 10), Milizarmee, Verbot stehender Heere in Friedenszeiten und die Unterordnung von Militär unter die Zivilgewalt (Art. 13).

Damit ist in einem historischen Grundrechtsdokument die der Freiheitsidee adäquate Auffassung lokalisiert, die Grundrechte als "Grundlage und Rechtsquelle der Staatsordnung" (24), als "Staatszweck" (25) betrachtet, und nicht, wie dies eine positivistische Grundrechtsdeutung in der 2. Hälfte des 19. Jahrhunderts verflachend festlegte, nur als subjektive Abwehrrechte (26).

Die französische Revolution hat nicht nur die Idee der Rechte der Menschen fest im öffentlichen Bewusstsein verankert, sondern durch ihre Kodifikation der Menschen- und Bürgerrechte auch ein staatsrechtliches Vorbild für die Gestaltung zukünftiger Verfassungen gegeben.

Am 11. Juli 1789 legte Lafayette der Nationalversammlung den Antrag auf Verkündung der Menschenrechte in einem Grundgesetz vor. Die Déclaration wurde nach nur 8-tägiger öffentlicher Debatte am 26. August 1789 beschlossen.

Ausgehend von der Bemerkung: "L'oubli ou le mépris des droits de l'homme sont les seules causes des malheurs publics et de la corruption des gouvernements" (27), legte die Déclaration fest: Der Endzweck aller politischen Vereinigung ist die Erhaltung der natürlichen und unabdingbaren Menschenrechte. Diese Rechte sind die Freiheit, das Eigentum, die Sicherheit, der Widerstand gegen die Unterdrückung (Art. 2). Die Freiheit besteht darin, alles zu tun, was anderen nicht schadet; Schranken bedürfen der gesetzlichen Grundlage (Art. 4); einschränkende Gesetze dürfen nur die für die Gesellschaft schädlichen Handlungen untersagen (Art. 5); Anklageerhebung, Verhaftung und Bestrafung nur in den durch das Gesetz vorge-

24) Saladin, Grundrechte, 294

25) Huber, Garantie, 17a

26) Es ist daher nicht zufällig, wenn neuere Versuche, den positiven Gehalt der Grundrechte freizulegen, an die Virginia Bill of Rights anknüpfen. So Saladin, a.a.O., 294; Wildhaber, 376

27) Zitate aus der Quellensammlung bei F. Hartung, zit. bei Anm. 2

sehenen Fällen und Formen (Art. 6, 7); keine rückwirkende Kraft von Strafgesetzen (Art. 8); Unschuldsvermutung (Art. 9). Die freie Meinungsäusserung (Art. 11) wurde als eines der "kostbarsten Rechte" gewährleistet, Pressefreiheit (Art. 11) und Glaubens- und Gewissensfreiheit (Art. 10) unter Vorbehalt der öffentlichen Ordnung.

Diese Déclaration ist in die Verfassung vom 3. September 1791 aufgenommen worden. Sie besiegelt den Triumph des rationalen Individuums (28) und ist getragen durch das "Ethos von Selbstbestimmung und Selbstverantwortung" (29). Es ist die Verfassung, die das besitzende und gebildete Bürgertum im Bunde mit jungen Adligen an der Macht zeigt (30). Das zeigt sich an einigen Stellen. Art. 1 gewährt Freiheit und Gleichheit. Schon in der Nationalversammlung befürchteten allerdings manche Abgeordnete, die breite Schicht der besitzlosen Bevölkerung könnte dies allzu wörtlich nehmen und bestehende Vermögens- und Gesellschaftsstrukturen zu zerstören suchen (31). Art. 1 schränkt denn auch durch den Hinweis, dass "les distinctions sociales ne peuvent être fondées que sur l'utilité commune", weitergehende Gedanken an eine allgemeine Gleichheit ein (32). In die gleiche Richtung deutet auch Art. 17, der das Eigentum als "droit inviolable et sacré" gewährleistet, das nur angefasst werden darf, sofern "la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment et sous la condition d'une juste et préalable indemnité" (33). Das Wahlrecht wurde an die Zahlung einer Mindeststeuer gebunden und schloss so weite Kreise vom aktiven Staatsbürgertum aus (34).

28) Saladin, Grundrechte, 293; Huber, Soziale Beziehungen, 195

29) Heller, 111

30) Oestreich, 68, siehe auch Morand, droits fondamentaux, 206, m.w.H.

31) Oestreich, 68

32) ders. , 70

33) J.P. Müller stellt im Zusammenhang mit der pathetischen Hervorhebung der Eigentumsgarantie die Frage - die allerdings besonderer geschichtlicher Untersuchung bedürfe - ob hier nicht die bürgerliche Gesellschaft für ihre handfesten Interessen fruchtbar gemacht habe, "was sich als von Gott oder der Vernunft geöffnetes Recht darstellen liess, ... ob nicht die pathetische Hervorhebung das schlechte Gewissen dessen verrät, der seine Interessen im Sog des Siegeszuges des Vernunftrechtes zuvörderst sichergestellt sehen will" (Müller, Soziale Grundrechte, 834).

34) Oestreich, 71

Die Déclaration jacobine, die der Verfassung vom 24. Juli 1793 vorangestellt wurde, vermehrte die bisherigen 17 Artikel auf 35. Zwar hatte schon die Verfassung von 1791 in Art. 2 festgestellt, dass der Endzweck aller politischen Vereinigung die Erhaltung der natürlichen und unabdingbaren Menschenrechte sei. Dieses Element positiver Gestaltung auf der Grundlage der deklarierten Menschenrechte hebt die jakobinische Verfassung noch verstärkt hervor, indem sie im Ingress das Volk, die Exekutive und den Gesetzgeber auf die Déclaration verpflichtet.

Zudem wurde die Versammlungsfreiheit aufgenommen und die Pressefreiheit uneingeschränkt gewährleistet (Art. 7), die Eigentumsfreiheit wurde als "Genuss der Früchte der Arbeit und des Fleisses" erklärt, die freie Berufs- und Arbeitswahl anerkannt. Erstmals (35) wurden Sozialrechte kodifiziert: Das Recht auf Arbeit oder auf Unterhalt bei Arbeitsunfähigkeit wurde zugestanden (Art. 21), ein Recht auf Unterricht eingeräumt (Art. 22). Das Widerstandsrecht des Volkes wurde als "das heiligste seiner Rechte und die höchste seiner Pflichten" bezeichnet (Art. 35). Diese konsequenteste demokratisch-republikanische Verfassung jener Epoche trat niemals in Kraft.

Die dritte Verfassung vom 22. August 1795, die der bürgerlichen Republik, nahm auch die Pflichten des Menschen auf: Pflicht zur Verteidigung des Vaterlandes, der Grundrechte und der Gesetze. Sie proklamierte nicht mehr natürliche, unveräusserliche Menschenrechte; der Satz, dass die Menschen frei und gleich berechtigt geboren werden und es bleiben, fehlte. Stattdessen wurde schlicht von den 4 Rechten der Menschen: Freiheit, Gleichheit, Sicherheit und Eigentum gesprochen. Rechtsstaatliche Grundsätze des Gerichtsverfahrens traten in den Vordergrund, wohl als Reaktion auf die Exzesse während der Jakobinerherrschaft. 1795 fehlte das Recht auf Arbeit und jede Beziehung zum Gemeinwohl - ein Prinzip der ersten Erklärung von 1789 (36).

35) J.P. Müller, Soziale Grundrechte, 835 Anm. 468

36) Oestreich, 72; dafür wurde in Art. 8 der Verfassung vom 22. Aug. 1795 das Eigentum als konstituierend für die ganze Rechtsordnung erklärt.

Nach Leisner haben sich in der französischen Kodifikationsbewegung mehrere Strömungen "analytisch-abwehrender und synthetisch-konstruktiver Art" unklar überschritten, das ordnende, organisatorische Element habe aber das abwehrende und minimalisierende" bei weitem überwogen (37).

In der Tat scheint es falsch zu sein, die Deutung der Grundrechte ausschliesslich als Abwehrrechte in die Zeit der französischen Revolution hineinverlegen zu wollen - gerade etwa die jakobinische Verfassung lässt diesen Schluss sicher nicht zu.

So wurde im Ingress der Verfassung vom 24. Juni 1793 ausdrücklich erklärt, die Menschenrechte würden gewährleistet "afin que ... le législateur (ait toujours devant les yeux) l'objet de sa mission" - ähnlich bereits Art. 2 der Verfassung von 1791.

Die negative Deutung scheint vielmehr erst Ausfluss einer liberalen Ideologie zu sein (38), die ihrerseits Ausdruck frühkapitalistischer Produktionsverhältnisse ist. Entscheidend gefördert wurde sie durch den Positivismus in der 2. Hälfte des 19. Jahrhunderts.

B. Das Modell des Liberalismus

Wenn auch Zeitpunkt und Intensität des Konfliktes zwischen dem Bürgertum und den feudalen Gewalten, und damit auch die geistige Ausgestaltung der liberalen Idee in den einzelnen Ländern je nach deren besonderen Bedingungen verschieden waren (39), so lassen sich doch Gemeinsamkeiten aufzeigen, die den Liberalismus im Sinne eines idealtypischen Modells kennzeichnen.

-
- 37) Leisner, 23, unter Berufung auf E. Voegelin, Der Sinn der Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte, Oestr. Zeitschr. f. öff. R. 1928, 28
- 38) Leisner, 31f; J.P. Müller, Grundrechte, 123f
- 39) Für Deutschland wäre als bedeutsam zu erwähnen, dass sich die Entwicklung nicht in einem revolutionären Prozess, sondern in völliger Akkommodation an die etablierte Macht abspielte. Erst in der "nachgeholten" Revolution von 1848/49 gelang dem deutschen Liberalismus in der - allerdings nie in Kraft stehenden - Verfassung von 1848 eine Selbstdarstellung. Vgl. dazu, Oestreich, 47, 81ff; Kühnl, 64ff; allgemein C.D. Schott, Die Grundrechte in der deutschen Verfassungsgeschichte, in Zeitschr. f. vergleichende Rechtswissenschaft, Bd. 75 (1974) 45-66; E.W. Böckenförde, Verfassungsprobleme und Verfassungsbewegung des 19. Jahrhunderts, JuS 1971, Heft 11, 560ff; siehe auch von Oertzen, 290ff. Für die Entwicklung in der Schweiz vgl. H. Huber, Grundrechte, 179-187; Fleiner/Giacometti, 1 - 20

Ausgangspunkt ist ein anthropologischer Optimismus (40): Der Mensch gilt als von Natur aus gut und der Vervollkommnung fähig, als "selbstmächtiges, selbstbewusstes, vernunftgemäss handelndes Individuum" (41); es kommt vor allem darauf an, ihm freie Entfaltungsmöglichkeiten zu bieten.

Diese sah man vor allem als durch den Staat gefährdet an. Die Stellung des Liberalismus zur Staatsgewalt erklärt sich aus der Kampfsituation, in der sich das aufsteigende Bürgertum gegenüber dem absolutistischen Staat befand.

Einerseits erfolgte eine Eindämmung staatlicher Macht: wichtigste Garanten einer Individualsphäre, in die der Staat nicht eindringen darf, sind die liberalen Abwehrrechte. Diese Rechte richteten sich ursprünglich gegen den Absolutismus und seinen Polizei- und Verwaltungsapparat. Die Forderung nach unbeschränkter geistiger Freiheit war eine der Hauptwaffen gegen Kirchen und Orthodoxie, gegen Ständestaat und Absolutismus (42). Doch das Misstrauen gegen staatliche Macht blieb nicht auf den Absolutismus beschränkt, sondern wurde auf die bürgerlichen Regierungen übertragen (43).

Auf der anderen Seite erfolgte eine Zweckbindung staatlicher Macht. Die Fesseln einer vollen Entfaltung der Produktivkräfte, das ständisch und korporativ gebundene Berufs-, Gewerbe-, Eigentums- und auch persönliche Recht, wurden beseitigt (44), an ihre Stelle trat die Gewährleistung der bürgerlichen Rechtsgleichheit, der allgemeinen Erwerbs- und Vertragsfreiheit, der Freizügigkeit und des

40) Saladin, Funktion, 534

41) J.P. Müller, Grundrechte, 6f; Saladin, Grundrechte, 293; Scheuner, Funktion, 507

42) So explizit Art. 7 Abs. 2 der jakobinischen Verfassung von 1793

43) Symptomatisch dafür schon Saint-Just (immerhin nach erfolgreicher Revolution): "Das Volk hat nur einen gefährlichen Feind, das ist seine Regierung" (zitiert nach Kühnl, 28). Morand, *droits fondamentaux*, 198, lokalisiert auch in den beiden eidgenössischen Verfassungen von 1848 und 1874 starke antietatistische Elemente.

44) Solche Fesseln waren: Leibeigenschaft, Frondienst und andere feudale Bindungen, die strengen Zunft- und Gewerbeschränkungen in den Städten, die rechtliche und wirtschaftliche Zersplitterung, die Zollschränken im Inneren, die Privilegien einer sozial überflüssigen Adelskaste: Kühnl, 21; vgl. auch Leisner, 23 und Art. 16 und 17 der *Déclaration jacobine*.

erworbenen Eigentums (45). Dem lag die von der englischen Oekonomie entwickelte Theorie zugrunde, die Wirtschaft würde sich gemäss natürlichem Gesetz zum Wohle Aller entfalten, wenn man sie sich nur selber überliesse. Wenn jeder unter den Bedingungen der freien Konkurrenz nach seinem Gewinn strebe, sei zugleich dem Gemeinwohl am besten gedient (46).

Damit wurde ein bestimmtes Sozialmodell konstituiert: Aussparung eines gesellschaftlichen und vor allem wirtschaftlichen Raumes, in dem sich gerechte Ordnung aus "normativer Abstinenz" herstellen sollte (47), in dem rechtlich freie und gleiche Individuen ihre Beziehungen untereinander durch frei vereinbarte Verträge regeln. Jede staatliche Willkürhandlung würde diesen Prozess stören, der Staat wird deshalb ans Gesetz gebunden. Der Staat muss, wenn er in Freiheit und Eigentum eingreift, seine Eingriffe berechenbar machen (48), er darf nicht rückwirkend eingreifen, da er so entstandene Erwartungen vernichten würde: Eingriffe nur gestützt auf Gesetz, da nur ein solcher Eingriff voraussehbar ist (49).

Das Mittel zur Konstituierung dieser Ordnung war die Verfassung. Sie enthielt einerseits Freiheitsrechte, die die gesellschaftliche Freiheitssphäre abgrenzten - "verfassungsrechtliche Garanten des antinomen Dualismus von Staat und Gesellschaft" (50) -, andererseits bestimmte sie die Modalitäten der staatlichen Machtausübung. Insbesondere sah sie Repräsentationsorgane zur Vermittlung der bürgerlichen Interessen an den Staat, eine Gewähr ihrer Berücksichti-

45) Böckenförde, Unterscheidung, 190

46) Kühnl, 23; Gygi, Wirtschaftsverfassung, 150; vgl. auch J.P. Müller, Grundrechte, 122ff

47) Grimm, 500; entsprechend verkündete Robespierre 1793 in der Nationalversammlung: "Weg mit dem alten Unsinn der Regierungen, zuviel regieren zu wollen, lässt den Individuen, lässt den Familien das Recht zu tun, was keinem schadet Mit einem Wort: gebt alles, was nicht von Natur zur öffentlichen Zuständigkeit gehört, zurück an die individuelle Freiheit" (zit. nach Kühnl, 28)

48) Grimm, 491

49) Kühnl, 30

50) Saladin, Grundrechte, 294

gung in Form des Gesetzesvorbehaltes sowie die Unabhängigkeit der Justiz als Komplementärgarantie vor" (51). Es darf nicht verkannt werden, dass eine Trennung von Staat und Gesellschaft in dieser typisierten Form niemals vorgelegen hat. Abendroth spricht in diesem Zusammenhang von einer blossen Ideologie (52). Die neue bürgerliche Rechtsordnung führt zu einer ungeheuren Entfaltung der Produktivkräfte und damit zu neuer Macht- und Gruppenbildung: "... die Trias von Rechtsgleichheit, Erwerbsfreiheit und Garantie des erworbenen Eigentums baut nicht nur alte Privilegien ab, sie ermöglicht zugleich die volle Entfaltung der (...) besitzbestimmten Ungleichheit der Menschen, aus der sich im Zuge des ökonomischen Prozesses dann, vermittelt durch die Garantie des erworbenen Eigentums, die soziale Klassenspaltung ergibt" (53). Die dem Prinzip nach freieste, auf der Gleichheit des Rechts erbaute Gesellschaft entlässt aus sich die materielle Unfreiheit. Damit konfrontiert sie den liberalen Staat mit der 'sozialen Frage' und zwingt ihn, im Interesse seiner Selbsterhaltung, zu immer breiter angelegten Interventionen in Wirtschaft und Gesellschaft (54). Lorenz von Stein hat schon 1850 in seiner "Geschichte der sozialen Bewegung in Frankreich bis auf unsere Tage" diese Entwicklung beschrieben (55) und daraus die Folgerung gezogen, dass die Drohung der sozialen Revolution nur durch soziale Reformen, die vom Staat ausgehen, abgewendet werden könne (56). Schon bald hatte der liberale Staat neben den Ordnungsaufgaben, die er mit Polizei und Justiz erfüllte, auch Gestaltungsfunktionen zum Schutz der sozial Schwachen zu übernehmen (57). Anstelle der

51) Grimm, 492

52) Abendroth, 126; ebenso Heller, 113

53) Böckenförde, Unterscheidung, 190; vgl. auch Martens, Grundrechte, 11

54) Abendroth, 126; Kühnl, 54; Häberle, Grundrechte, 66

55) vgl. die Darstellung bei Böckenförde, Lorenz von Stein als Theoretiker der Bewegung von Staat und Gesellschaft zum Sozialstaat, in: Festschrift für Otto Brunner, Göttingen 1963, 248ff.

56) Das Gleiche hat, allerdings mit anderen Therapievorschlügen, Marx festgestellt.

57) Kühnl, 54

vielberufenen Trennung Staat-Gesellschaft trat eine Wechselbeziehung (58).

C. Der staatsrechtliche Positivismus

Die Verstärkung des unzweifelhaft bereits in den französischen Déclarations enthaltenen Denkens gegen den Staat erscheint in unserer Sicht einmal als Folge liberaler Autonomie- und Individualismusvorstellungen, die sich gegenüber einer schon früh abzeichnenden Verflechtung Staat - Gesellschaft halten konnten. Negatorisches Denken erlebte sogar in der 2. Hälfte des 19. Jahrhunderts - vor allem in Deutschland - einen eigentlichen Höhepunkt und fand in Georg Jellineks 'status negativus' - Konzeption den adäquaten Ausdruck. Die Gründe sind wohl darin zu sehen, dass die für Westeuropa typische Entwicklung von der absoluten Monarchie zur parlamentarischen oder sogar direkten Demokratie in Deutschland auf der Zwischenstufe der "konstitutionellen Monarchie" festgehalten wurde; dass das anfangs vorhandene konstitutionelle Gleichgewicht von bürgerlichen (liberalen und konservativen) Kräften und Monarch (gestützt auf Heer und Verwaltung) im Zuge der restriktiven Bismarck'schen Innenpolitik (59) sich immer mehr zugunsten obrigkeitsstaatlicher Dominanz verschob, statt sich, wie es dem Zeitgeist entsprochen hätte, in Richtung Parlamentarismus zu verschieben (60). Peter von Oertzen weist nach, dass sich in dieser Zeit der Verschiebung des Kräfteverhältnisses der 'Gerber-Labandsche Positivismus' gegenüber der älteren konstitutionellen Staatsrechtslehre endgültig durchsetzte (61). Das ist nicht zufällig; in der Tat lässt sich zeigen, dass der Positivismus auch (62) Ausdruck des alles beherrschenden Obrig-

58) Böckenförde, Unterscheidung, 191

59) ab 1862; vgl. dazu Bernt Engelmann, Wir Untertanen, Frankfurt/M 1979,

60) von Oertzen, 293

244ff

61) ders., 294ff

62) Zu seiner Funktion als Apologie des gesellschaftlichen status quo vgl. von Oertzen, 321f; Kühnl, 57f

keitsstaates ist (63).

Die ältere Staatsrechtslehre ging mit der Theorie des 'souveränen Organismus' von der Vorstellung vom Staat "als das Herrscher und Volk umfassende Ganze" aus (64); bei der Analyse des Staates hat die juristische Betrachtungsweise nur Teilfunktion und bedarf der Ergänzung durch Philosophie, Gesellschaftslehre und Politik, um der Vorstellung von der "Einheit der sittlich-rechtlichen Ordnung der Gesellschaft" gerecht zu werden (65).

Demgegenüber ist der Kern der neueren Lehre die Auffassung des Staates als Willensverband: Die Willens-, d.h. die Herrschaftsbeziehungen werden als das Wesen des Staates betrachtet (66). Der Positivismus verzichtet auf eine umfassende Darstellung der öffentlichen Verhältnisse und macht stattdessen die juristische Erfassung des Staates zum Mittelpunkt (67). Die Auffassung vom Staat als Willensverband bleibt nicht folgenlos, sie impliziert, "dass der Staat aus seiner bisherigen Stellung als Teil des gesamtgesellschaftlichen Zusammenhanges heraustritt, alle räumlichen und sachlichen Besonderungen der Gesellschaft durchdringt und - zumindest potentiell - eine allseitige Zuständigkeit gewinnt" (68). In dieser Charakterisierung spiegelt sich der Obrigkeitsstaat wieder.

63) Im folgenden sollen nur stichwortartig, in Anlehnung an von Oertzen, einige mir für unser Problem wichtig scheinende Punkte hervorgehoben werden. Auf den Zusammenhang negatorische Deutung-Positivismus weisen hin: Leisner, 38ff; Häberle, Wesensgehaltsgarantie, 85ff, insbes. 91. Eine vertiefte Auseinandersetzung mit dem Positivismus wäre auch für die schweizerische Staatsrechtslehre nicht unfruchtbar. Bäumlin, Rechtsstaatsgedanke, 87ff, zeigt, dass in der alten schweizerischen Staatslehre keine Trennung Staat-Gesellschaft zu finden ist, erst "in diesem Jahrhundert trat dann die Idee des vom Gemeinwesen her verstandenen Staates in der schweizerischen Literatur mehr und mehr zurück, wohl insbesondere als Folge der Uebernahme der Denkformen der deutschen positivistischen Staatsrechtslehre" (a.a.O. 88 A 11).

64) von Oertzen lokalisiert diese Vorstellung bei H.A. Zachariae, J.C. Bluntschli, H. Schulze (115)

65) ders., 328

66) ders., 329

67) Kühnl, 57; Ausdruck dessen ist "das - abgelöst von der politischen, sozialen und kulturellen Wirklichkeit nach einem immanenten rationalen Gesetz funktionierende - rechtswissenschaftliche System" (von Oertzen, 329).

68) von Oertzen, 69; vgl. auch Leisner, 39f.

Davon bleiben die Grundrechte nicht unberührt. Bei Laband, dem führenden Staatsrechtler der Kaiserzeit, erscheinen - nach Gehorsams- und Treuepflicht - als Rechte lediglich der Anspruch auf Schutz im Ausland, das Recht im Land zu leben und gewisse politische Rechte (69).

Die Grundrechte (70) erhalten den Charakter von Reflexrechten: "Die Freiheitsrechte oder Grundrechte sind Normen für die Staatsgewalt, welche dieselbe sich selbst gibt, sie bilden Schranken für die Machtbefugnisse der Behörden, sie sichern dem Einzelnen seine natürliche Handlungsfähigkeit in bestimmtem Umfange, aber sie begründen nicht subjektive Rechte der Staatsbürger. Sie sind keine Rechte, denn sie haben kein Objekt" (71).

Auch bei Jellinek, der Grundrechte immerhin als subjektive Rechte verstand, blieb der Einzelne in der Grundform des 'status subjectivus' grundsätzlich einer allumfassenden Staatsgewalt ausgeliefert, der allenfalls - kompensatorisch - aus dem 'status negativus' gewisse Ansprüche entgegengehalten werden können. Der Staat bindet sich im 'status negativus' selbst, doch kann, da "alle Freiheit einfach (...) Freiheit vor gesetzwidrigem Zwang" (72) ist, diese Selbstbindung jederzeit wieder aufgehoben werden. Eingangs des 20. Jahrhunderts steht damit ein Freiheitsdenken gegen (und bedingt durch) einen Staat, der in seiner Struktur eigenen un-nachprüfbareren Gesetzen folgt (73) und den es - subjektiv-defensiv - von sich wegzuhalten gilt.

69) Paul Laband, Das Staatsrecht des deutschen Reiches, 4.A. Tübingen 1901, Bd. 1 S. 127ff.

70) Anzufügen ist, dass die Reichsverfassung keinen Grundrechtskatalog kannte, vgl. Oestreich, 102

71) Laband, a.a.O., 138

72) Jellinek, System, 103

73) Leisner, 6

II. Elemente der subjektiv-defensiven Grundrechtskonzeption

A. Gewährleistung eines 'status negativus'

Die präziseste Umschreibung für die Funktion, die Grundrechte im liberalen Weltbild einnehmen findet sich im Begriff des 'status negativus'. Georg Jellinek formuliert in klassischer Weise: "Grundrechte sind, wie allgemein bekannt, zuvörderst Negationen bisher in Kraft gewesener Beschränkung (1)... Prüft man diese Freiheit ihrer juristischen Seite nach, so ergibt sich, dass sie identisch ist mit den für den Staat rechtlich irrelevanten Handlungen (2) ... und den vom Staatsgebot freien Zustand des Individuums bezeichnet" (3).

Freiheit bedeutet gegen den Staat gerichtete, auf das Fehlen von staatlichem Zwang reduzierte Freiheit. Giacometti formuliert inso- weit paradigmatisch: "Wenn die Freiheitsverbürgungen die men- schliche Würde und den Einzelwert des Individuums sicherstellen und infolgedessen die Funktion einer rechtlichen Beschränkung der Staatswirksamkeit haben sollen ..." (4).

Ein "liberal - rechtsstaatliches Verteilungsprinzip" (5) wird statuiert: Die Freiheit des Einzelnen erscheint prinzipiell un- begrenzt, die Kompetenz des Staates zu Eingriffen in diese Sphäre prinzipiell begrenzt (6). Nach liberalem Verständnis ist die Freiheit umso grösser, je weniger der Staat tätig ist (7).

1) Jellinek, System, 95

2) Jellinek, System, 104

3) Jellinek, Staatslehre, 420; daneben sieht Jellinek, was hier v.a. interessiert, auch einen 'status positivus', der erlaubt, vom Staat Leistungen zu verlangen. Dieser Status bleibt aber von untergeordneter Bedeutung. Er verleiht das Recht, von der Verwaltung gewisse Dienste zu verlangen, wie die Aushändigung eines Dokumentes, die Verleihung einer Bewilligung, oder stellt den Zugang zu den Gerichten sicher. Vgl. Jellinek, System, 114ff; ders. Staatslehre, 420

4) Giacometti, Kodifikation der Freiheit, 163 (Hervorhebung von mir)

5) So C. Schmitt, Verfassungslehre, München, 1928, 166

6) Vgl. etwa Wespi, 45; Klein, 70; Lüchinger, Die Auslegung der schweizerischen Bundesverfassung, Diss.ZH 1954, 180, im An- schluss an C. Schmitt, Verfassungslehre, München 1928, 166

7) J.P. Müller, Grundrechte, 17

Menschliche Würde erscheint gleichsam als Gegenprinzip zum Staatlichen. Die so durch Ausgrenzung des Staates erhaltene Freiheit "entspricht dem vorstaatlichen, natürlichen Zustand des Menschen" (8). Freiheit wird vom Staat nicht verliehen, sondern ist von ihm anzuerkennen (9). Dem liegt die Idee eines von Staat und positivem Recht unabhängigen Status 'natürlicher Freiheit' zugrunde. Hans Huber hat schon 1936 dargelegt, wie unrichtig eine Vorstellung ist, die das Recht als Widerspruch zur sogenannten 'natürlichen Freiheit' sieht, da es Freiheit doch nur im Recht geben könne (10). Freiheit ist, das lehrt historische Erfahrung, niemals von Natur aus vorgegeben oder gar gesichert, sondern nur soweit, wie sie durch menschliches Handeln realisiert und in die positive Rechtsordnung eingefasst wird (11). Nicht natürliche Freiheit, erst rechtliche Gewährleistung, Ausgestaltung und Begrenzung, verbunden mit entsprechenden Verfahren, vermitteln dem Einzelnen einen konkreten Status von Freiheit (12). Der natürliche Status ist nicht mehr als eine ungeschichtliche Abstraktion (13).

Wenn Grundrechte nur einen Bereich individueller und gesellschaftlicher Freiheit vor staatlicher Beeinträchtigung und Eingriffen schützen sollen, so ergibt sich daraus als logische Folgerung: Den Staat trifft - soweit es nicht darum geht, hoheitliches Handeln selbst einzudämmen - keine Schutz- oder Garantieverpflichtung; die Realisierung grundrechtlicher Freiheit ist vielmehr individueller oder gesellschaftlicher Initiative überlassen, die - insoweit

8) So Wespi, 42, auch 44; Fleiner/Giacometti, 242; Jellinek, System, 95

9) Wespi, 45

10) Huber, Garantie, 118ff, 121

11) Hesse, Grundzüge, 120f

12) ders., 120

13) Nach Ehmke, 85, liegen die Wurzeln dieser Auffassung in der deutschen Tradition des den Absolutismus nicht überwindenden, sondern nur gegen ihn gesetzten Rechtsstaates, die hier eine absolut gesetzte Freiheit des Einzelnen als Gegenpol der absoluten Staatsmacht erscheinen lässt. Kritisch zum Schmitt'schen Verteilungsprinzip auch Bäumlin, Demokratie, 78

schliesst sich der Kreis wieder - liberalem Menschbild entsprechend als hinreichende Garantie gerechter Sozietät betrachtet wird. Hier sind denn auch die grundsätzlichen Vorbehalte gegen diese Konzeption anzubringen. Gerade die nicht zuletzt durch liberal gedeutete Grundrechte entstandene (14) gesellschaftliche Machtbildung und soziale Ungleichheit stellen die Realisierung grundrechtlicher Freiheit für viele in Frage und rücken den Blick auf die sozialen Voraussetzungen von Freiheit. Dem steht die liberale Grundrechtstheorie mit "relativer Blindheit" gegenüber (15). Diese Blindheit betrifft einerseits die Frage der Verwirklichung von Freiheit nicht gegen, sondern mit und durch den Staat (Leistungsproblematik), andererseits die Freiheitssicherung gestützt auf Verfassungsnormen gegen nicht grundrechtskonform sich verhaltende Private (Drittwirkungsproblematik) (16). Was den Umfang des 'status negativus' betrifft, so ist kontrovers, ob die Freiheitsrechte nur punktuell (17) gegen die Staatsgewalt gerichtet sind, oder ob sie einen umfassenden Schutz gewährleisten (18). Ein früherer Ansatz einer umfassenden Konzeption

14) Vgl. dazu die Bemerkung bei Martens, Grundrechte, 11

15) Böckenförde, Grundrechtstheorie, 228; Grimm, 492

16) Deutlich kommt diese 'Blindheit' bei Wespi, 59, zum Ausdruck: "Die liberale Ideologie vertraut auf die Fähigkeit des Einzelnen zur Selbstbestimmung. (...) Wenn nun die Freiheit der Schwachen gegen die Macht der Starken einen übertriebenen Schutz erfährt, dann wird ... die persönliche Initiative gelähmt. Die Drittwirkung führt so zu einer unzulässigen Beschränkung der Freiheit der Starken".

17) Für punktuelle Garantie Hesse, Grundzüge, 127, mit Hinweis auf Entstehung und geschichtliche Entwicklung der Grundrechte; Huber, Persönliche Freiheit, 120; Scheuner, Funktion, 507; Ehmke, 81; vgl. auch die Hinweise in Anm. 25.

18) Die Frage soll hier nur kurz gestreift werden, da sie die grundsätzliche Problematik eines nur negatorischen Denkens nicht direkt betrifft und eine vertiefte Auseinandersetzung - gerade etwa mit der sich in diesem Zusammenhang stellenden Frage der Systematisierbarkeit des Grundrechtskataloges - den Rahmen dieser Arbeit sprengen würde; andererseits - und das ist der Grund, warum auf die Frage kurz eingegangen wird - bietet sich die Möglichkeit, auf die unterschiedlichen funktionellrechtlichen Implikationen verschiedener Grundrechts-Konzeptionen hinzuweisen.

findet sich bei Jellinek, der feststellt, dass sich der negative Status keineswegs mit den anerkannten Freiheiten erschöpfe, daneben seien eine Vielzahl weiterer Freiheiten denkbar (19), die allerdings, da eine Freiheit schlechthin den Staat zerstören würde, nur innerhalb der gesetzlichen Schranken gewährleistet seien. "Alle Freiheit ist einfach Freiheit vor gesetzwidrigem Zwang" (20).

So verstandene Freiheit bindet den Gesetzgeber nicht mehr, denn: "Ist der Zwang gesetzlich, so ist auch der Freiheit genüge getan." (21). Die Freiheit geht im Gesetzmässigkeitsprinzip auf.

Diese Konsequenz versucht Giacometti mit seiner 'Kodifikation der Freiheit' zu vermeiden. Danach gewährt die freiheitliche Verfassung all jene Freiheiten, die durch staatlichen Eingriff je verletzt werden können: Die Möglichkeiten staatlicher Eingriffe in die Freiheit sind praktisch unbegrenzt, deshalb muss auch die Gewährleistung gegenüber dem Staat unbegrenzt sein (22). Freiheitsrechte sind zwar auch bei Giacometti absolute Rechte, binden also auch den Gesetzgeber (23), der Freiheit nur aus Gründen der öffentlichen Ordnung und des allgemeinen Wohls einschränken darf (24). Wie allerdings eine allgemeine Freiheit, die durch ihre Allgemeinheit gerade die dringend erforderliche Substantiiertheit und damit ihre Leitfunktion verliert, gegenüber dem Gesetzgeber "normative Ordnungskraft" (25) entfalten soll, bleibt auch bei Giacometti offen. Sie scheint zu konturlos, um in der schwierigen Abgrenzungsfrage von grundrechtskonformem und grundrechtswidrigem

19) Jellinek, System, 102

20) Jellinek, a.a.O., 103

21) Huber, Garantie, 120a

22) Giacometti, Kodifikation der Freiheit, 154

23) Fleiner/Giacometti, 242

24) ders., Kodifikation der Freiheit, 152

25) J.P. Müller, Grundrechte, 138

staatlichem Zwang weiterhelfen zu können (26).

Eine nicht unähnliche Konzeption findet sich in der deutschen Staatsrechtslehre, indem Art. 2 Abs. 1 GG, der die freie Entfaltung der Persönlichkeit garantiert, als allgemeine Handlungsfreiheit, als "Mutter"- oder "Auffanggrundrecht" interpretiert wird (27). Damit kann der Grundrechtskatalog zu einem lückenlosen Wert- und Anspruchssystem erweitert werden (28), aus dem jede

- 26) Die These Giacomettis ist von einem grossen Teil der Lehre übernommen, teilweise ergänzt oder modifiziert worden. Vgl. die Uebersicht bei Bosshart, 62; Hinweise finden sich auch bei Haller, Lehrfreiheit, 119 Anm. 26. Schon früh wurde sie allerdings kritisiert. Vgl. dazu J.P. Müller, Grundrechte, 134ff; eine umfassende Kritik des universalen Grundrechtsverständnisses findet sich bei Bosshart, 63ff; siehe auch Saladin, 458. Das Bundesgericht hat sich die These Giacomettis nicht zu eigen gemacht: BGE 97 I 49; vgl. auch Bosshart, 67; Saladin, Funktion, 535; Haller Lehrfreiheit, 120f; immerhin sind beachtliche Einflüsse auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung, vor allem was die Ausweitung des Geltungsbereiches der persönlichen Freiheit und die 1960 beginnende Serie der Anerkennung ungeschriebener Grundrechte betrifft, feststellbar. Gegen eine allgemeine Freiheit spricht auch eine an optimaler Realisierung grundrechtlicher Freiheit interessierte Ueberlegung: Grundrechte als 'Konstitutionsprinzipien' (dazu hinten § 4 I) können ihrer prägenden Wirkung nur dann gerecht werden, wenn ihre sachliche Differenzierung ernst genommen wird. Die Nivellierung, notwendige Folge einer 'allgemeinen Freiheit', verunmöglicht dies und damit auch die intendierte Steuerungsfunktion von Grundrechten.
- 27) Aufgenommen vom BVerfGer im Elfes - Urteil vom 16. Januar 1957 (BVerfGE 6, 32ff); vgl. dazu die Würdigung bei Groerlich, 44ff.
- 28) Vgl. dazu Dürig in Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, Art. 2 Rn 3: "Der aus der Menschenwürde fliessende Wert ist durch einen Katalog nicht abschliessend aufzählbar", deshalb müsse das GG "einen generellen Wert der menschlichen Freiheit anerkennen". Dieser Wert tritt hinter die Spezialfreiheiten zurück, "steht aber immer bereit, um unbenannte Freiheiten aufzunehmen und ihre Verletzung abzuwehren". Diesem Wertsystem entspricht ein Anspruchssystem (Art. 2 Rn 5ff): "Das in Art. 2 Abs. 1 enthaltene subjektiv-öffentliche Recht ist das Hauptfreiheitsrecht. Es tritt im Verhältnis zu den nachfolgenden Freiheitsrechten überall dort zurück, so sein Freiheitsgehalt von den (schon in Art. 2 Abs. 2 beginnenden) speziellen Freiheitsrechten verbraucht ist. Es behält aber überall dort seine eigenständige Bedeutung als subjektiv-öffentliches Recht mit den daraus sich ergebenden Folgen, wo Erscheinungsformen der Freiheit nicht unter benannte Spezialfreiheiten subsumiert werden können" (Art. 2, Rn 6).

praktisch werdende Freiheit ableitbar ist. Es scheint, dass mit der Systematisierung in erster Linie eine Optimierung der Wirksamkeit der Grundrechte beabsichtigt wird, wobei Wirksamkeit die faktische Durchsetzbarkeit im Prozess umfasst (29), aber auch eine in die Praxis umsetzbare Reaktion auf neue Gefährdungslagen (30).

Zunächst einmal fällt auf, dass durch diese Konzeption dem Individuum ein breiterer Zugang zur Verfassungsrechtsprechung eröffnet wird.

Allgemeine Handlungsfreiheit ist in sich unbegrenzt, es gibt kein menschliches Handeln, das grundrechtlich nicht erfasst wäre. Alles kann zur Frage der freien Entfaltung der Persönlichkeit werden (31). "Funktionellrechtlich ermöglicht es Art. 2 Abs. 1 GG als subjektives Recht auf Unterlassung rechtswidrigen Handelns durch die öffentlichen Gewalten, stets den Rechtsweg zu beschreiten " (32).

Hier setzt denn auch die berechtigte Kritik ein. K. Hesse stellt fest, dass die extensive Interpretation des Art. 2 Abs. 1 GG die verfassungsmässig festgelegte Kompetenzordnung im Verhältnis einerseits zur Legislative, andererseits zu untergeordneten Gerichten in unzulässiger Weise zugunsten der Verfassungsrechtsprechung verschieben müsse (33).

29) Dürig, a.a.O., Art. 2 Rn 5 bei c

30) Dürig, a.a.O., Art. 2 Rn 8 bei aa, Rn 33, Rn 42 a.E. Diesen Aspekt betont auch Willke, 30. Nach ihm liegt die Besonderheit eines umfassenden Anspruchsystems darin, dass über die punktuelle Gewährleistung hinaus "prophylaktisch und prospektiv" möglichen neuen Gefährdungen vorgebaut werden könne. Gerade das ist aber angesichts der zwangsläufigen Nivellierung der Grundrechte zu einer allgemeinen Handlungsfreiheit zu bezweifeln, insoweit sind hier die gleichen Vorbehalte wie bei Giacometti anzubringen.

31) Hesse, Grundzüge, 174

32) Hesse, a.a.O., 174; vgl. zum Zusammenhang 'allgemeine Handlungsfreiheit' - Erweiterung der Verfassungsgerichtsbarkeit auch Luhmann, Grundrechte, 206

33) Hesse, a.a.O., 175, 230

Auch sonst ist diese Auffassung nicht unwidersprochen geblieben (34). Art. 2 Abs. 1 GG fehle, da nur innerhalb der verfassungsmässigen Ordnung gewährleistet (35), die Grundsatzentscheidung. Nach Friesenhahn ist die allgemeine Handlungsfreiheit nichts anderes als die individualrechtliche Wendung des Rechtsstaatsprinzips (36).

Für die Schweiz ist festzuhalten, dass trotz einschlägiger Befürchtungen (37) von einem lückenlosen Wert- und Anspruchssystem nicht die Rede sein kann. Das Bundesgericht hat seine Rechtsprechung zur persönlichen Freiheit - in der Schweiz einzig vorstellbare Einbruchsstelle für ein umfassendes System - in BGE 101 Ia 346 dahin präzisiert, dass nicht jede denkbare Freiheit geschützt sei, sondern nur Betätigungsformen, die elementare Erscheinungsformen der Persönlichkeitsentfaltung darstellten (38).

1. Grundlagen der status negativus-Konzeption

Das Ungenügen einer Konzeption, die in Grundrechten nur Abwehrrechte sieht, kann nur dann nachgewiesen werden, wenn gezeigt werden

- 34) Kritisch haben sich geäussert: Scheuner, Funktion, 508; ders., Pressefreiheit, 37; Ehmke, 83f; weitere Nachweise bei Saladin, Grundrechte, 98 Anm. 29; dagegen aus der Schweiz: J.P. Müller, Grundrechte, 142; Huber, Persönliche Freiheit, 120ff; Saladin, a.a.O., 98
- 35) Friesenhahn, G 20, diese Schranke bedeute nichts anderes als jedes formell und materiell mit der Verfassung in Einklang stehende Gesetz.
- 36) Die allgemeine Handlungsfreiheit steht also auch hier unter dem Gesetzesvorbehalt, Friesenhahn, G 20.
Dieser allgemeine Gesetzesvorbehalt hat zwar gegenüber der Weimarer Verfassung mit der 'Figur der Wechselwirkung' eine entscheidende Uminterpretation erfahren: Zwar setzen die allgemeinen Gesetze gewissen Grundrechten Schranken, sie sind jedoch ihrerseits im Lichte der Grundrechte auszulegen und werden so in ihrer das Grundrecht begrenzenden Wirkung selbst wieder vom Grundrecht geprägt (vgl. BverfGE 28, 191 (201f), weitere Nachweise bei Hesse, Grundzüge, 135; zur Wechselwirkung auch hinten § 2 II C). Aus dieser Wechselwirkung kann aber für die allgemeine Handlungsfreiheit nichts abgeleitet werden, denn ihr fehlt gerade die prägende Wirkung.
- 37) Vgl. H. Huber, SJZ 69 (1973) S. 113ff, insbes. 118ff.
- 38) In casu betrachtete das Gericht die Freiheit, mit Spielautomaten zu spielen, als nicht dazugehörend. Das Gericht lehnte in BGE 102 I a 325 eine allg. Handlungsfreiheit explizit ab (mit Hinweis auf Literatur und Rechtsprechung). Die funktionellrechtliche Problematik einer Ausweitung der persönlichen Freiheit wird diskutiert in BGE 100 Ia 194f

kann, dass die zugrundegelegten Prämissen realiter nicht mehr existieren, oder zumindest sich in einem solchen Ausmass verändert haben, das bei der Konkretisierung von Grundrechten Berücksichtigung verlangt. Grundlage und Voraussetzung negatorischen Denkens ist die Vorstellung von einem Staat, der einerseits als nur durch Eingriffe sich aktualisierend, andererseits in antinomem Dualismus zur Gesellschaft gesehen wird (39). Darauf ist im folgenden näher einzugehen.

a) Staat als Ordnungsmacht, der sich durch Eingriffe realisiert Gerechte Ordnung, darauf wurde früher schon hingewiesen, wurde weitgehend von der Abwesenheit rechtlicher Bindungen im wirtschaftlichen Kräftespiel erwartet; auch im ideellen Bereich übernahmen Grundrechte, dies legte die Erfahrung mit dem absolutistischen Staat nahe, Abwehrfunktion. Die Befugnisse des liberalen Staates dieser Freiheitssphäre gegenüber sind prinzipiell begrenzt, sie bestehen nur soweit, als Sicherungs- und Regulierungsmassnahmen für die Freiheit notwendig sind (40). Der Staat hat durch rechtliche Grenzziehungen die Freiheit des einen mit der des anderen kompatibel zu halten (41).

Soweit bei Störungen Steuerung notwendig ist, erfolgt sie durch punktuelle Eingriffe (42). Der Staat erscheint als Ordnungsmacht, nicht als Gestaltungskraft (43). Positive Gestaltung, Planung, Lenkung oder Leistung schien liberalem Verständnis unvorstellbar; soweit unvermeidliche Eingriffe in Frage standen, hatten sie sich an die Verfassung zu halten. Der Verfassung kam so wesentlich die Aufgabe der Schrankenziehung zu (44). Diese Aufgabe konnte sie

39) Vgl. statt vieler Forsthoff, Der Staat der Industriegesellschaft, 2.A., München 1971, S. 147, der auf den Zusammenhang Dualismus-negatorische Deutung hinweist und fordert, dass angesichts zunehmender Verflechtung von Staat und Gesellschaft Funktion und Stellung der Grundrechte neu zu überdenken seien. Vgl. auch eingehend Ridder, Soziale Ordnung, 112ff.

40) Böckenförde, Grundrechtstheorie, 224

41) Böckenförde, a.a.O., 225

42) Willke, 222; Häberle, Grundrechte, 66; Böckenförde, Unterscheidung, 227; Müller, Soziale Grundrechte, 730; Hesse, Grundzüge, 8; Rupp, 173

43) Scheuner, Intervention, 3

44) Grimm, 492, dazu auch hinten § 2 II C.

hervorragend erfüllen, nicht zuletzt wegen der eingriffsorientierten Fassung der Grundrechte (45). Ein Staat, der in die gesellschaftliche und wirtschaftliche Realität nur punktuell durch Eingriffe interveniert, und Deutung der Grundrechte als Schranken eben dieser Eingriffe entsprechen und bedingen sich. Das Entsprechungsverhältnis fällt allerdings dahin, wenn sich im Zuge gravierender sozialer Veränderung dem Staat Aufgaben stellen, die nur durch Eingriffe nicht mehr lösbar sind.

b) Dualismus Staat-Gesellschaft

Eine negatorische Konzeption muss zwangsläufig von einem Dualismus zwischen autonomer Gesellschaft und Staat ausgehen, nur dann hat die Abwehrrichtung ihren Sinn. Zeigt sich eine Verflechtung (46), was der Fall ist, wenn Gesellschaft sich nicht autonom konstituiert, sondern lenkender, ausgleichender staatlicher Steuerung bedarf, dann verliert eine nur ausgrenzende Deutung ihren Sinn; dann geht es eher darum, den positiven, sozialgestaltenden Gehalt der Grundrechte freizulegen und ihn der als notwendig erkannten staatlichen Gestaltungsaufgabe als Richtschnur und Leitlinie zugrunde-zulegen.

Eine scharfe Trennung hat niemals bestanden. Das ist im folgenden zu vertiefen, vor allem ist der Bezug zur gegenwärtigen Situation herzustellen (47).

- 45) Häberle, Grundrechte, 66; Hesse, Grundzüge, 86; Grimm, 492; die Verfassung hatte ja staatliches Handeln nicht positiv anzuleiten, sondern nur negativ zu beschränken, insoweit waren ihre Vorschriften sowohl hochgradig generalisierbar, als auch direkt anwendbar. Rechtsetzung und Eintritt der erwünschten Wirkung fielen in eins. Die inhaltlich entlastete, formal rechtstaatliche Verfassung besass ein hohes Mass an Geltungskraft (Grimm, a.a.O.).
- 46) Was nicht gleichbedeutend ist mit Identität, dazu gleich folgend unter bb
- 47) Dabei geht es selbstverständlich nicht um eine - auch nur annähernd umfassende - Bestandesaufnahme des Phänomens Leistungs- und Sozialstaat; allerdings lässt auch eine nur schlaglichtartige Beleuchtung der augenfälligsten Tatbestände die Trennungsthese obsolet werden.

aa) Dualismus unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten

Die klischeehafte Vorstellung ist vom Tatsächlichen her zu korrigieren. "Die Freiheit der Wirtschaft vom Staat, die Prinzipien der Bodenfrieheit, der Bergbaufrieheit, der Gewerbefrieheit waren keineswegs mit bewundernswürdiger Konsequenz verwirklicht, wie vielfach angenommen wird" (48). Lassalle's Nachtwächterstaat, der sich nur auf polizeiliche Massnahmen beschränkte, war nie rein verwirklicht (49), das vom Laissez-faire Liberalismus propagierte Spiel der freien Kräfte schlug sich nie in wirtschaftlichem Automatismus nieder.

Hermann Heller bezeichnet die Idee des freien Spiels der selbstverantwortlichen Kräfte, des harmonischen Interessenausgleichs durch den freien Markt, als grossartige Verhüllungen eines geradezu konträren Zustandes: "Keineswegs Nichtintervention, sondern private Mobilisierung der staatlichen Macht und zwar zu sehr kräftiger Intervention auf dem Gebiete der Wirtschaft ist die wahre Parole der bürgerlichen Gesellschaftsordnung" (50).

In jeder grossen Krise fiel die Wirtschaft auf den Staat und auf die staatliche Lenkung zurück; der Staat half, wenn die sozialen Folgen der ungesteuerten Entwicklung für einen gesellschaftlichen Bereich oder schliesslich auch für die Wirtschaft selber unheilbaren Schaden zu stiften drohten (51). "Zu keiner Zeit konnte sich der Staat darauf zurückziehen, Rechts- und Vollstreckungsentscheidungen zu liefern und ein funktionierendes Geldwesen zu unterhalten. Die unaufhörliche Problemanlieferung durch die Wirtschaft bedeutet umgekehrt, dass die Trennung von Staat und Gesellschaft eine Illusion ist, weil die Wirtschaft mehr Probleme aufwirft, als sie zu lösen vermag, und mithin nicht autonom zu funktionieren vermag" (52).

Diese 'Problemanlieferungen' riefen in zweierlei (53) Richtung

48) Schmidt, 46

49) Ott, 382

50) Heller, Staatslehre, 113

51) Ott, 383

52) ders., 383

53) Die Aufteilung erfolgt hier nur aus Gründen der besseren Darstellbarkeit, in Wirklichkeit stehen beide Komplexe in unlösbarem Zusammenhang - es geht um Sozial- und Wirtschaftspolitik.

nach staatlicher Intervention. Einmal stellte sich die soziale Frage: Sozialpolitik wurde zur staatlichen Aufgabe (54).

Für die Schweiz ist allerdings festzustellen, dass die Sozialgesetzgebung auf Bundesebene (55) relativ spät einsetzte (56). Gestützt auf Kompetenzzuweisungen in der totalrevidierten Bundesverfassung von 1874 erliess der Bund am 23.3.1877 ein eidgenössisches Fabrikgesetz, das einen ersten Arbeiterschutz statuierte (Arbeitszeitbeschränkungen und Fabrikinspektorate), daran schloss sich eine kantonale Gesetzgebungswelle an (Sonntagsruhe- und Arbeiterinnengesetze) (57). All dies war - klassisch - noch mit Eingriffen (hier in die HGF der Unternehmer) zu erreichen.

Die Kranken- und Unfallversicherung, obwohl schon 1890 in der BV vorgesehen, liess lange auf sich warten; ein eigentlicher "sozialpolitischer Galopp" (58) setzte nach dem ersten Weltkrieg als Reaktion auf den Generalstreik von 1918 ein. Das KUVG von 1911 wurde am 1.4.1918 in Kraft gesetzt, Art.34 quater BV (AHV) angenommen. Während der Krisenzeit und dem 2. Weltkrieg wurde die Sozialgesetzgebung weiter ausgebaut. Am 6.7.47 wurde das Bundesgesetz über die AHV angenommen. Bedeutsam ist der Ausbau der Sozialversicherungen, der eigentlichen Domäne des Leistungsstaates (59).

Für die Sozialpolitik ist eine - systematische - Eingrenzung schlechterdings unmöglich geworden. Neben eigentlichen Sozialhilfe- und Sozialversicherungsinstitutionen kann prinzipiell jeder Erlass Einkommensverteilungs- oder Umverteilungszwecke oder solche Nebenzwecke verfolgen, mithin mehr oder weniger sozial ausgestaltet werden.

-
- 54) Dabei kann mit Schweingruber, 17, Sozialpolitik definiert werden als "Inbegriff derjenigen Massnahmen, die bestimmt und geeignet sind, auf die wirtschaftliche Lage und die gegenseitigen Beziehungen sozialer Klassen oder Bevölkerungsgruppen einzuwirken, insbesondere in der Weise, dass wirtschaftlich Benachteiligte oder gefährdete Klassen erhalten, gestützt oder gehoben werden sollen - unter Berücksichtigung des Gemeinwohles".
- 55) Vorher bekam die gesetzliche Armenpflege, die durchwegs in die kantonale Kompetenz fiel, die Folgen nichtversicherter Invalidität, Arbeitslosigkeit, von Unfällen und Krankheiten zu spüren. Vgl. dazu C.A. Schmid, Das gesetzliche Armenwesen in der Schweiz, Zürich 1904
- 56) Ein Ueberblick über die historische Entwicklung findet sich bei Schweingruber, 48ff.
- 57) ders., 50
- 58) ders., 53; zu den Einzelheiten vgl. 53ff.
- 59) Vgl. die Uebersicht bei Schweingruber, 67 - 69 und bei Ricktenbach, 158ff

Diese Entwicklung zeugt, gerade im Bereich der wirtschaftlichen Grundrechte, von radikal geänderten gesellschaftlichen Verhältnissen. Die traditionelle Sicht der Grundrechte geht von der unabhängigen Persönlichkeit aus, die vor allem auch wirtschaftlich selbständig ist; diese Selbständigkeit stützt sich vorab auf Sacheigentum und selbständigen Erwerbsbetrieb (60) und sichert sich in Freiheitsräumen gegen den Staat. Dies gilt nurmehr für kleine Teile der Bevölkerung (61). Die heutige Situation ist vielmehr dadurch gekennzeichnet, dass soziale Sicherung nicht mehr primär durch eigenes Sacheigentum und wirtschaftlich selbständige Tätigkeit erfolgt, sondern, da der Einzelne in wirtschaftlich-soziale Abhängigkeit eingebettet ist, in erster Linie durch Sozialversicherungen (62) - und darüber hinaus von staatlicher Konjunkturpolitik, einschliesslich der Sorge um Arbeitsplatz und Vollbeschäftigung, abhängt (63).

Die Abhängigkeit des Individuums, dessen selbst beherrschter Lebensraum immer kleiner wird und in der Vielzahl der Fälle Existenzsicherung aus eigener Kraft nicht mehr zulässt, von staatlicher Tätigkeit nimmt zu (64). Wie dieser Sachverhalt grundrechtlich zu bewältigen ist, deutet das deutsche Bundesverfassungsgericht an:

"Je mehr der moderne Staat sich der sozialen Sicherung und kulturellen Förderung der Bürger zuwendet, desto mehr tritt im Ver-

60) Scheuner, Funktion, 511

61) Scheuner Funktion, 511; wieweit dieses Bild die frühere Realität zu charakterisieren vermag, kann hier dahingestellt bleiben.

62) Insoweit ist es durchaus folgerichtig, wenn die neuere Staatsrechtslehre die Eigentumsgarantie über die Sacheigentumssicherung hinaus massiv ausweiten will. Einen weiten Bereich steckt dabei Friesenhahn (G 20) ab: "Betrachtet man die Instituts-garantie des Eigentums als Sicherung der Lebensgrundlage, was sie in ihrer damaligen Bedeutung im bürgerlich-liberalen Staat sicher sein sollte, so könnte man den kühnen Gedanken entwickeln, die Linie vom Sacheigentum über das durch Arbeitsleistung Geschaffene hinaus auf die staatlichen Gewährleistungen aus-zudehnen. Ihre bisher zur Grenzziehung ... so stark betonte Einseitigkeit könnte vielmehr mit dem sozialstaatlichen Postu-lat einer menschenwürdigen Existenz ausgewogen werden." Aehn-lich Saladin, Grundrechte, 13

63) Gygi, Wirtschaftsverfassung, 138; Böckenförde, Unterscheidung, 207.

64) Grimm, 492; Saladin, Grundrechte, 401; Hesse, Grundzüge, 7, 86; Willke, 118.

hältnis zwischen Bürger und Staat neben das ursprüngliche Postulat grundrechtlicher Freiheit vor dem Staat die komplementäre Forderung nach grundrechtlicher Verbürgung der Teilhabe an staatlichen Leistungen" (65).

In diesem Sinne fordert Scheuner, dass sich die Wandlung der gesellschaftlichen Verhältnisse "notwendig in der Auslegung der Grundrechte niederschlagen" müsse (66). In welchem Ausmass dies möglich ist, wird uns weiter hinten beschäftigen (67). Schon hier ist aber vor "grosszügigen al-fresco Vorstellungen" (68) zu warnen, die auf interpretatorischem Wege eine zwangslose Adaption der 'geschriebenen Verfassung' (69) an die Gegebenheiten des heutigen Sozial- und Leistungsstaates anstreben.

Diese durch soziale Folgeerscheinungen implizierte staatliche Aktivität vermittelt schon erste Konturen eines Bildes von Staat und Gesellschaft, dass sich im Ernst nicht mit Begriffen wie 'Trennung' oder 'Dualismus' beschreiben lässt; die vielfältigen Leistungszusammenhänge lassen ein 'Gegeneinander von Staat und Gesellschaft' fragwürdig erscheinen (70).

Bilder einer ähnlichen Verzahnung zeigen sich im Bereich der Ökologie-, Forschungs- und Bildungspolitik (71).

Im Bereich Wirtschaft - Staat ist ebenfalls eine zunehmende Verflechtung festzustellen, die allerdings nicht durchwegs unproble-

65) BVerfGE 33, 330; auch das BVerfG hat in BGE 103 Ia 381 anerkannt, dass die "Massnahmen der leistungsgewährenden Verwaltung je länger je mehr die Voraussetzung für die tatsächliche Inanspruchnahme und die freie Entfaltung der in der Verfassung gewährleisteten Grundrechte" sind.

66) Scheuner, Funktion, 511

67) Vgl. hinten § 4 f

68) Häfelin, 86

69) Vgl. zu diesem Begriff Hesse, Grundzüge, 14f

70) Häberle, Staatslehre, 126; differenzierend Luhmann, Grundrechte, 30

71) J.P. Müller, Soziale Grundrechte, 732; Böckenförde, Unterscheidung, 211; vgl. allgemein dazu Hesse, Grundzüge, 7

matisch ist. Pointiert lässt sich sagen, dass der Markt als Steuerungs- und Koordinationssystem zunehmend von staatlicher Wirtschaftslenkung abgelöst wird (72). Diese Entwicklung ist nicht als Ueberfremdung der Wirtschaft durch staatliche Politik zu verstehen, sondern ist im wesentlichen in der Struktur der Wirtschaft selbst angelegt. Einmal funktioniert der Markt als Koordinationsmechanismus nur ungenügend:

Beispielhaft sei erwähnt: Der dem Markt immanenten Tendenz zu seiner Selbstauflösung muss korrektiv begegnet werden, in der Schweiz geschieht dies - ungenügend - durch das Kartellgesetz (73); andererseits bedingt eine komplexe Technologie die Notwendigkeit langfristiger Investitionen und Strategien, keine Volkswirtschaft kann es sich leisten, erhebliche Teile ihres Kapitals von den Irrationalitäten und Zufälligkeiten des Marktes abhängig zu machen (74).

Funktionsmängel des wirtschaftlichen Systems müssen durch staatliche Intervention und Planung ausgeglichen werden (75).

Diese Entwicklung ist nicht unproblematisch: Parallel zur Zunahme staatlicher Aktivität verläuft eine zunehmende Einflussnahme wirtschaftlicher Interessenverbände auf staatliche Instanzen, nimmt die Möglichkeit "der wirtschaftlich Mächtigen, sich durch 'lobbying' oder (verkappt) unter dem Titel 'Sachverstand' in Gesetzgebung und Rechtsanwendung zu infiltrieren" (76) zu, ein Phänomen, das Morand als "privatisation des autorités publiques" bezeichnet hat (77).

Die Einflussnahme der Interessenverbände nimmt mit zunehmender Konzentration wirtschaftlicher Macht (78) zu (79). Festorganisierte, kapitalkräftige und konfliktfähige Interessen können sich eher politisches Gehör verschaffen, während diffuse Interessen (Verbraucher, Mieter, Rentner) oft draussen vor der Tür bleiben (80).

72) Ott, 384; Morand, droits fondamentaux, 200

73) BG über Kartelle und ähnliche Organisationen v.20.12.62 (SR 251)

74) Ott, 285; Böckenförde, Unterscheidung, 207

75) Darüber hinaus ist der Staat, der zur Realisierung seiner Sozialpolitik auf ein wachsendes Sozialprodukt angewiesen ist, auch von da her in hohem Masse an der Wirtschaft interessiert; vgl. Böckenförde, Unterscheidung, 207

76) Salin, Stichwort "Konzentration" in: Wörterbuch der Soziologie, 2.A., Stuttgart 1969, 593, zit. bei Schluep, 225 (zit. in Anm. 78)

77) Morand, droits fondamentaux, 201

78) Zu den verschiedenen Theorieansätzen der Konzentrationsanalyse vgl. W.R. Schluep, Privatrechtliche Probleme der Unternehmenskonzentration und -kooperation, ZSR 92 II (1973) 229ff

79) Morand, a.a.O., 203

schaffen, während diffuse Interessen (Verbraucher, Mieter, Rentner) oft draussen vor der Tür bleiben (80).

Problematisch ist nicht die Einflussnahme der Interessenverbände an und für sich, sondern dass sie in einer Art und Weise erfolgt, die eine ausgewogene Berücksichtigung aller Interessen nicht gewährleistet und so die demokratische Legitimation der Ergebnisse in Frage stellt (81).

Dieser Situation wird das Wirtschaftsverfassungsdenken eines Teils der Staatenrechtslehre (82), die um die HGF in ihrer altliberalen Konzeption als Freiheitsrecht kreist und sich vorwiegend damit beschäftigt, welche Einschränkungen zulässig sind, welche nicht, in keiner Weise mehr gerecht (83).

Neuere Konzeptionen knüpfen an Ergebnisse der Wirtschaftslehre an, die ihrerseits längst von liberalen ordre - naturel Vorstellungen abgerückt ist und davon ausgeht, "dass das gemischte Wirtschaftssystem - und zwar ebenfalls im marktwirtschaftlich orientierten Bereich - der bewussten Lenkung auf seine Ziele bedürfe" (84). Der Staat ist, anstelle einer punktuellen, an konkreten Notlagen orientierten Interventionspolitik (85), zu einer durch genaue Berechnung festgelegten und in planartiger Form verfestigter Wirtschaftspolitik übergegangen (86). Die Ziele dieser Wirtschaftspolitik sind weithin offen und im demokratischen Willensbildungsprozess festzulegen (87). Offensichtlich kann keine materiale Grundrechtstheorie diesen Bereich inhaltlich determinieren, sie würde sich

80) Willke, 70; dies liegt nicht zuletzt in den strukturellen Gegebenheiten des Gesetzgebungsverfahrens begründet. Siehe dazu Bäumlin, Demokratie, 96f, mit Therapievorschlügen

81) Morand, a.a.O., 203; Bäumlin, a.a.O., 96

82) Die sich an Vorstellungen von Markt- und Gemeinwohlautomatismen orientiert. Nachweise bei Gygi, Wirtschaftsverfassung, 269, siehe auch Nef, HGF, SJK, Karten 616ff, insbes. Karte 616, 4f, 14

83) J.P. Müller, Soziale Grundrechte, 766

84) Gygi, Wirtschaftsverfassung, 66; vgl. zur Konzeption des VE: Schluép, Wirtschafts- und Sozialverfassung, ZSR 97 I (1978) 335ff (Sonderhefte der ZSR zur Totalrevision der Bundesverfassung)

85) Für die Zeit der Weltwirtschaftskrise fasst Schweingruber, 56, diese Haltung in die Parole ein: "Durchhalten, einschränken, bessere Zeiten abwarten, Notunterstützung ausrichten".

86) Ott, 383

87) Gygi, a.a.O., 66ff

dadurch in Widerspruch zum Demokratieprinzip stellen (88). Daran schliesst sich die Forderung an, institutionell gesicherte, demokratische Verfahren einzurichten, in denen Ziele staatlicher Wirtschaftspolitik festgelegt werden.

Freilich sind hier die Grenzen interpretatorischer Um- und Neu-deutungen der HGF erreicht. Aber de lege oder gar de constitutione ferenda sind die staatlichen Organe zu stärken und "d'opérer un contrôle strict de l'intervention des groupes dans la vie politique et d'assurer la transparence de ces interventions" (89). Bäumlin weist in einer sehr differenzierten Studie (90) darauf hin, dass vor allem bei der Neuregelung des Gesetzgebungsverfahrens anzusetzen wäre. Wesentlich sei, dass die Kompetenz zur Regelung des Gesetzgebungsverfahrens dem Parlament zuerkannt und diesem überdies die Möglichkeit eröffnet werde, unmittelbar auf das Vorbereitungsverfahren der Gesetzgebung Einfluss zu nehmen, etwa durch Bestellung der parlamentarischen Kommissionen schon zu Beginn des Vorbereitungsverfahrens - also nicht erst nach Vorliegen eines Entwurfes samt bundesrätlicher Botschaft - um es so in die Lage zu versetzen, eine begleitende Kontrolle auszuüben (91).

Gerade im Bereich der Wirtschaftspolitik, die die wirtschaftliche Entwicklung, also den für die gesellschaftliche und 'natürliche' Umwelt und die konkrete menschliche Existenz zentralen Faktor, bestimmt, ist verfahrensmässig festzulegen, dass eine der pluralistischen Leitidee entsprechende Partizipation aller wesentlichen Interessen gewährleistet ist (92).

88) Dies tönt auch im VE an, der von Eigentumspolitik (Art. 17, 30 VE) und Wirtschaftspolitik (Art. 19, 31 VE) spricht und damit das Moment der freien Gestaltung durch die Gesetzgebungsorgane betont. Vgl. auch J.P. Müller, Soziale Grundrechte, 720ff; und Bäumlin, ZSR 87 I (1968) 12f

89) Morand, droits fondamentaux, 203

90) Bäumlin, Lebendige oder gebändigte Demokratie, Basel 1978

91) Bäumlin, a.a.O., 96, 52

92) Zur Pluralismus-Theorie siehe Bäumlin, a.a.O., 18 ff.

bb) Dualismus unter demokratischen Gesichtspunkten

Eine scharfe Trennung von Staat und Gesellschaft scheint insbesondere unter demokratischen Gesichtspunkten fragwürdig. Für Deutschland wird festgestellt, dass dieser Dualismus seine Wurzeln findet in "vordemokratischen, liberalen Vorstellungen der Zeit vor 1918, die Ausdruck des Verhältnisses der sich in monarchischer Regierung und Beamtenapparat verkörpernden staatlichen Gewalt und einer von politischer Bestimmung und Gestaltung weithin ausgeschlossenen 'Gesellschaft' waren" (93). Diese Voraussetzungen sind für Deutschland inzwischen entfallen, für die Schweiz bestanden sie in der Form nie.

R. Bäumlin weist darauf hin, dass die schweizerische Staatslehre, ähnlich wie die amerikanische, von Grundkonzeptionen ausgegangen ist, die den Dualismus von Staat und Gesellschaft nicht kennen. "Heinrich Pestalozzi hat die in einem Gemeinwesen zusammengeschlossenen Menschen mit dem tragenden Stamm des Baumes verglichen, Simon Kaiser die Vorstellung eines abstrakten, in sich ruhenden und der Gesellschaft gegenübergestellten Staatswesens verspottet. Der Ingress der Bundesverfassung beschwört den Vierwaldstätterbund und nimmt damit die Idee des von einzelnen Rechtsgenossen geschlossenen Bundes hinein in das Verständnis des Bundesstaates" (94).

Der demokratische Staat der Gegenwart ist, so K. Hesse, zu einem "Stück Selbstorganisation der Industriegesellschaft" (95) geworden, deren Konflikte in den Prozess politischer Willensbildung eingehen und hier ausgetragen werden (96).

93) Hesse, Grundzüge, 8; Ridder, Soziale Ordnung, 92; Grimm, 492

94) Bäumlin, Rechtsstaatsgedanke, 88, siehe neuerdings auch die Bemerkung in BGE 103 Ia 380.

95) Hesse, a.a.O.

96) Um diese Umschreibung drehte sich eine Kontroverse zwischen Böckenförde und Hesse. B. verstand H. in dem Sinne, dass der Staat zur Selbstorganisation wird (B. Unterscheidung, 199) und sieht darin einen gefährlichen Schritt zur Vorstellung einer 'Identität' Gesellschaft - Staat, in seiner Sicht Kennzeichen totalitärer Staaten (a.a.O. 193). B. selbst hält an der Unterscheidung und Gegenüberstellung Staat - Gesellschaft fest (ebenso Klein, 34), das bedeute zwar nicht eine Aufhebung des demokratischen Prinzips, wohl aber eine Begrenzung und Einbindung desselben zum Zweck der Sicherung der individuellen und gesellschaftlichen Freiheit (a.a.O., 198). Bemerkenswert an dieser Argumentation ist, dass ein direkter Weg von der behaupteten Antinomie Demokratie-Freiheit zu der von Staat und Gesellschaft führt.

Die Gesellschaft, die im Bereich der Sozial- und Wirtschaftspolitik auf staatliches Planen, Lenken und Leisten angewiesen ist, übt ihrerseits - in einer direkten Demokratie mehr als in einer parlamentarischen - bestimmenden Einfluss aus in der Frage nach Umfang und Ziel staatlicher Politik.

Das ergibt ein Bild, das eine schroffe Gegenüberstellung ausschliesst (97), das sich vielmehr erfassen lässt als verfahrensmässig und institutionell ausgeformte Wechselbeziehung zwischen Staat und Gesellschaft auf der Grundlage ihrer organisatorischen Unterscheidung (98). In diesem Rahmen sind Funktions- (99) und Rollendifferenzierungen (100) zu beachten, jedoch ohne damit "Ueberreste der früheren Anschauung in die Gegenwart zu transportieren" (101).

Wird demnach, ausgehend von der Ueberlegung, dass die Bürger durch ihre demokratischen Bestimmungsrechte in die Staatlichkeit einbezogen sind, eine Gegenüberstellung von Staat und Gesellschaft abgelehnt, so bedeutet das konsequenterweise, dass es keine nur vom Recht umschlossene hoheitliche Staatsgebiete mehr geben kann, vielmehr ist die ganze staatliche Sphäre als vom Recht durchdrungen zu betrachten (102).

(Forts. 96)

Demgegenüber weist Hesse darauf hin, dass mit einem 'Stück Selbstorganisation' keineswegs Identität gemeint sei, eine solche Umschreibung lasse durchaus Raum für die notwendigen funktionellen Differenzierungen, die zwischen Staat und Gesellschaft vorzunehmen seien (H. Unterscheidung, 439). Berechtigterweise stellt H. klar, dass das Unterscheidungsdenken die Freiheitsproblematik entscheidend verfehlt, wenn es Demokratie eher als Gefährdung denn als Gewähr von Freiheit versteht (a.a.O., 442); Demokratie sei eine Grundbedingung individueller Freiheit im Sinne von Selbstbestimmung (a.a.O., 441). Die Kontroverse macht deutlich, dass den konträren Argumentationen zur Unterscheidungsproblematik verschiedene Freiheitsbegriffe zugrundeliegen. Zu Hesse's Freiheitsbegriff vgl. a.a.O., 440 Anm. 36.

97) Hesse, Grundzüge, 8

98) Böckenförde, Unterscheidung, 191

99) Zu den Einzelheiten Hesse, Grundzüge, 8

100) Dazu Zippelius, 152f

101) Hesse, Grundzüge, 9

102) Dazu eingehend Ridder, Soziale Ordnung, 112; vgl. auch Matter, 45

Dieser Gedanke kommt in der neueren Rechtsprechung des Bundesgerichtes deutlich zum Ausdruck. In BGE 99 Ia 268 forderte das Gericht, dass die für den Strafgefangenen gravierenden Einschränkungen seiner Grundrechtssphäre, die sich aus dem besonderen Gewaltverhältnis, besser: Rechtsverhältnis, ergeben, in einem allgemeinen Erlass zu regeln seien (103) und sich am in Frage stehenden Grundrechtsgehalt messen lassen müssen; in BGE 103 Ia 380 erklärte es die Beschränkung des Gesetzesvorbehaltes auf die Eingriffsverwaltung als mit der schweizerischen demokratischen Staatsauffassung unvereinbar und dehnte ihn auch auf die Leistungsverwaltung aus (104).

Diese Einsicht ist hochbedeutsam und gerade für die Leistungsproblematik von kaum zu überschätzender Bedeutung: Oftmals wird vorschnell die Frage nach staatlicher Leistung aktuell, wo von einer obrigkeitsstaatlichen, dem Einzelnen und der Gesellschaft entgegengesetzten Sphäre ausgegangen wird. Wird indessen von der von einer demokratischen Betrachtungsweise geforderten rechtlichen Durchdringung aller Bereiche ausgegangen, so verschwinden ominöse staatliche Sektoren, denen der inferiore Bürger Leistung oder Teilhabe fordernd gegenübersteht, es verschwinden auf der Grundrechtskarte die weissen Flecken (105), so dass sich durchaus traditionell die Frage nach Abwehr staatlicher Eingriffe stellt, falls der Staat in eine von diesem Verständnis her selbstverständlich grundrechtsgeschützte Tätigkeit eingreift.

Genau dieser Sachverhalt liegt der Entwicklung der neueren Rechtsprechung zur Benützung öffentlichen Grund und Bodens zugrunde. Letztlich basierend auf obrigkeitsstaatlichem Denken wurde lange Zeit das Zurverfügungstellen öffentlichen Grundes als Problem staatlicher Leistungsgewährung betrachtet; erst in neuster Zeit wurde der Geltungsbereich der HGF und der Meinungsäusserungsfreiheit

103) Vgl. aber wieder BGE 101 Ia 150, 100 Ia 460; zum Begriff des besonderen Gewaltverhältnisses siehe H. Huber in ZBJV 113 S. 31 und hinten § 9 III C. 2.

104) Problematisch und wohl im Lichte der neueren Praxis unhaltbar BGE 92 I 379, wonach im Bereich der selbständigen (Gemeinde-) Leistungsverwaltung "die Gemeinde, vorbehaltlich des Verstosses gegen Art. 4 BV alles anordnen kann, was sie zur Erreichung der von ihr selbst bestimmten öffentlichen Zwecke als tauglich erachtet, unnötige (!) Vorschriften nicht ausgenommen".

105) Saladin, Grundrechte, 324

in den vorher grundrechtsfrei verstandenen staatlichen Hoheitsbereich der öffentlichen Sachen hinein(106) ausgedehnt, sodass sich heute nicht mehr die Frage stellt, wieweit aus HGF und Meinungsäusserungsfreiheit Leistung gefordert werden kann, sondern vielmehr, wann der Staat durch ein Verbot der Benutzung öffentlichen Grundes in die Grundrechte eingreift.

Letztlich auf dualistisches Denken zurückführen lassen sich die im folgenden zu behandelnden Elemente des subjektiv-defensiven Grundrechtsverständnisses; es betrifft den Verfassungsdualismus, das Schrankendenken und spezifische Auslegungsregeln.

B. Verfassungsdualismus

Das Trennungdenken, das dem Staat einen ausserstaatlichen Bereich des Individuellen gegenüberstellt, schlägt sich in einer Verfassungssicht nieder, die Organisationsrecht und Grundrechtsteil als zwei voneinander getrennte Einrichtungen auffasst.

Nach Maunz zeigt sich in der Tatsache, dass das GG dem Grundrechtsteil den ersten Platz eingeräumt hat, zweierlei:

"Einmal, dass ein erheblicher Teil vorstaatlich bestimmt ist, sodann, dass die Grundrechte den organisatorischen Teil der Verfassung regieren und mit Sinngehalt erfüllen " (107).

Im Verfassungsdualismus spiegelt sich der scheinbar in Realität gefundene Dualismus; der Grundrechtsteil wird zu einer "anti-staatlichen Veranstaltung" (108). Dieser Auffassung hat Hermann Heller schon früh widersprochen: "In Wahrheit bedingen sich die Tendenz zur planmässigen, rechtstaatlichen Organisation der Staatsgewalt und die auf Freiheitsverbürgerung gerichtete Tendenz gegenseitig. 'Plan' und 'Freiheit' stehen nur dann zueinander in Gegensatz, wenn sie als wesenslose Abstraktionen begriffen werden. In der gesellschaftlichen Wirklichkeit muss die Freiheit immer organi-

106) Dazu ausführlich hinten § 9 I und II

107) Maunz, 109 (Hervorhebung von mir)

108) Ehmke, 89

siert werden" (109).

Die Auffassung, dass eine verfassungsdualistische Konzeption nicht mehr den faktischen und - angesichts des positiven Gehalts von Grundrechten (110) - auch nicht mehr den normativen Gegebenheiten entspricht, kann heute als herrschend bezeichnet werden. Stattdessen wird die Einheit der Verfassung betont (111) und das "Ineinander-Verschränkt-Sein und Gegenseitig-Bedingt-Sein von Grundrechtsbestimmungen und organisatorischen Bestimmungen" (112) hervorgehoben.

Das heisst nicht, dass diese Gesamtschau ein von Spannungen und Widersprüchen freies Bild vermittelt, wohl aber, "dass die Verfassung erst voll verstanden und richtig interpretiert werden kann, wenn sie (...) als Einheit begriffen wird und dass Verfassungsrecht weit mehr auf Zusammenordnung als auf Ab- und Ausgrenzung gerichtet ist" (113).

Daraus hat sich ein eigentliches Prinzip der Verfassungsinterpretation ergeben (114), das über das Verschränkt-Sein von Grundrechts-

109) Heller, 273; vgl. auch Bäumlin, Rechtstaatsgedanke, 92; nach Ehmke, 39, übersieht eine trennende Sicht den unlösbaren Zusammenhang von Grundrecht und Kompetenz. Etwas von der Verbundenheit von Freiheit und Organisation kommt auch zum Ausdruck, wenn das Bundesgericht gegen die Verletzung des Gewaltenteilungsprinzips - organisatorische Bestimmung par excellence - die - individualrechtliche - staatsrechtliche Beschwerde zulässt (Vgl. Marti, Staatsrechtliche Beschwerde, 36).

110) Dazu hinten § 4 I

111) Ehmke, 77; Hesse, Grundzüge, 12; Häberle, Wesensgehaltgarantie, 9; Rhinow, Grundrechtskatalog, 229; J.P. Müller, Soziale Grundrechte, 744, 902; Bosshart, 129; Bäumlin, Rechtstaatsgedanke, 93

112) Friesenhahn, G. 4

113) Hesse, Grundzüge, 12

114) Grundlegend dazu Ehmke, 77ff: "Es geht um die Notwendigkeit, die Verfassung als einen in sich sinnvollen, zwar vielseitigen und keineswegs spannungslosen, aber doch immer auf die Einheit des politischen Gemeinwesens gerichteten Ordnungszusammenhang zu interpretieren" (77). Die hervorragende Bedeutung dieses Prinzips ist im "konstitutiven, einheitsstiftenden Charakter der Verfassung begründet" (S. 78). Vgl. auch Hesse, Grundzüge, 28

teil und Organisationsrecht hinaus die Notwendigkeit betont, nie nur auf die einzelne Norm zu sehen; die Normen seien so zu interpretieren, dass Widersprüche zu anderen Normen oder grundlegenden Prinzipien der Verfassung möglichst vermieden werden (115).

Dieses Prinzip ist gerade auch für die Leistungsproblematik von hervorragender Bedeutung: Wer Leistungsansprüche vor dem Richter durchsetzen will, kann nicht allein aus der Grundrechtsnorm heraus argumentieren, sondern hat, wenn er den Gesamtzusammenhang nicht aus den Augen verlieren will, die dem Richter funktionellrechtlich gesetzten Grenzen mitzuberücksichtigen.

C. Recht als Schranke von Freiheit

Zur Behandlung dieser Problematik ist anzusetzen bei dem durch das traditionelle Grundrechtsdenken statuierten rechtsstaatlichen Verteilungsprinzip (116). Im Grundrechtsbereich wird die Freiheit als prinzipiell unbegrenzt betrachtet, um dann in einem komplizierten System von Vorbehalten und Schranken nachträglich und von aussen eingeschränkt zu werden (117).

Die Freiheit bleibt gegenüber Begrenzungs- oder Eingriffsmöglichkeiten "vorausliegend" (118), sie gilt als an sich unbeschränkt, wird gegen das Recht abgesetzt und ihm gegenübergestellt: Grundrechtliche Freiheit ist Abwesenheit von Recht; Recht grundsätzlich freiheitsfeindlich (119).

Unzweifelhaft hat Gesetzgebung auch die Funktion der Grundrechtsbegrenzung. Diese Funktion vornehmlich hat die Aufmerksamkeit der Literatur auf sich gezogen. Hier gilt, dass "der Einzelne bei der Ausübung der Freiheitsrechte den Schutz der BV nur in dem Masse (geniesst), als dadurch nicht entweder die Interessen der anderen verletzt und damit unmittelbar das öffentliche Wohl beeinträchtigt oder unmittelbar die staatlichen Interessen gefährdet werden" (120).

115) Hesse, Grundzüge, 12

116) Auch dieses Prinzip ist letztlich Ausfluss des liberalen Dualismus Staat-Gesellschaft

117) Ehmke, 85

118) Böckenförde, Grundrechtstheorie, 226

119) Häberle, Wesensgehaltgarantie, 151; differenzierend Klein, 69, als Vertreter eines negatorischen Verständnisses.

120) Fleiner/Giacometti, 246

Wo die Grenzen der Grundrechtsbetätigung zu ziehen sind, legt das positive Recht fest (121). Dabei geht es nach K. Hesse um die Herstellung und Erhaltung eines Ordnungszusammenhanges, in dem sowohl die Freiheiten als auch andere Rechtsgüter, die wie jene für das Leben der Gemeinschaft wesentlich sind, Wirklichkeit gewinnen (122).

Damit stehen Grundrecht und Grundrechtsgrenze einander nicht beziehungslos gegenüber, vielmehr ist das grundrechtsbegrenzende Gesetz (aber auch die einschränkende Verordnung oder Verfügung) stets im Lichte der Bedeutung des Grundrechts zu sehen, es geht dabei um eine eigentliche Wechselwirkung (123). Den Zugang zu dieser Interdependenz verunmöglicht ein Denken, das Freiheitsbereich und Schrankenbereich in einer räumlichen (124) Sicht einander zuordnet; dem Ausstrahlung der grundrechtlichen Freiheit ins Recht - und umgekehrt! (125) - absurd tönen muss, weil es Freiheit ja gerade als Abwesenheit von Recht versteht (126).

- 121) Das von den Grundrechten statuierte Verbot, den Kernbereich anzutasten, setzt solcher Grenzziehung eine absolute Schranke; in der BRD ist es in Art. 19, Abs. 2 GG normiert, in der Schweiz für die Eigentumsgarantie und die persönliche Freiheit anerkannt, vgl. BGE 90 I 37
- 122) Insoweit geht es um die Herstellung "Praktischer Konkordanz" (Hesse, Grundzüge, 134). Hinzuweisen ist allerdings mit F. Müller, Positivität, 13f, auf die Gefahr, dass jene gleich- oder höher-wertigen Rechtsgüter, die zu Recht als "immanente Grundrechtsvorbehalte" bezeichnet werden, im Ernstfall den Charakter von Pauschalvorbehalten annehmen und damit zu einer unerträglichen Relativierung der Grundrechte führen können.
- 123) Hesse, Grundzüge, 135. Die Wechselwirkung wird in der BRD in konstanter Rechtsprechung berücksichtigt, vgl. etwa BVerfGE 7, 198ff, (208f); weitere Nachweise bei Hesse, a.a.O.
- 124) So ausdrücklich Klein, 45: "Die liberale Grundrechtsauffassung erblickt in den Freiheitsrechten die Garantie eines Raumes, innerhalb dessen sich der Einzelne ... so betätigen darf, wie er es wünscht".
- 125) Vgl. dazu Hesse, Grundzüge, 34
- 126) Wieder Klein, anschliessend an das Zitat bei Anm. 187: "Sie hält daran fest, dass dem Staat grundsätzlich versagt bleibt, mit den Mitteln der öffentlichen Gewalt das Tun oder Lassen seiner Bürger inhaltlich zu determinieren."

Immerhin ist vor der Gefahr zu warnen, dass die Grundrechte durch ihren einfachgesetzlichen Unterbau relativiert werden. Das geschieht dann, wenn gesetzliche Regelungen als faktische Grenzen der Grundrechte angesehen werden und in Bezug darauf die Wirkungsweite der Grundrechte bestimmt wird, statt dass die einfachgesetzlichen Normen am Leitwert der Grundrechte gemessen werden. Diese Gefahr einer solchen Grundrechtsrelativierung ist insbesondere auch bei der vorher erwähnten Figur der Wechselwirkung zwischen Grundrecht und allgemeinem Gesetz zu sehen. So merkt insbesondere K. Hesse (127) kritisch an, dass, wenn die Wechselwirkung mit einer Güterabwägung gekoppelt wird, sich die Gefahr "einer unzulässigen Veränderung der verfassungsmässig normierten Verhältnisbestimmung von Grundrechten und anderen Rechtsgütern" ergibt.

Neben dieser grundrechtsbegrenzenden Funktion kommt dem Recht aber auch die Funktion der Grundrechtsausgestaltung zu (128). Grundrechtliche Freiheit bedarf des Rechts, sie kann nur als rechtliche, nicht als natürliche Freiheit real werden (129). Für die Eigentumsgarantie ist dies unbestritten. Erst die Gesetzgebung bestimmt Entstehung und Untergang, Inhalt und Ausübung der Garantie.

Dies gilt grundsätzlich auch für andere Grundrechte, allerdings mit von Grundrecht zu Grundrecht wechselndem Intensitätsgrad (130). Was nützt dem Bürger die Informationsfreiheit, wenn nicht

127) Hesse, Grundzüge, 135

128) Dazu grundlegend Häberle, Wesensgehaltgarantie, 140ff, 180ff, vgl. auch Hesse, Grundzüge, 129; Scheuner, Funktion, 510; Jost, 116ff. Vgl. zur hier gemeinten Unterscheidung von Grundrechtsausgestaltung und -eingriff die Ausführung von F. Müller, Positivität, 63ff, insbes. 65f.

129) Hesse, Grundzüge, 130; das macht auch deutlich, dass der ausgestaltende Gesetzgeber nicht nur als Feind der Grundrechte betrachtet werden kann, sondern dass ihm auch eine positive Aufgabe zukommt. So auch F. Müller, a.a.O., 86.

Das wird bis in die neueste Zeit verkannt: so ist nach Gysi (S. 118) zu "beachten, dass öffentlichrechtliche Vorschriften (...) stets eine unausweichliche Beschneidung der Freiheitsphäre der einzelnen darstellen". Gysi lehnt deshalb auch die objektive Interpretation des Art. 31 Abs. 2 BV durch den Entscheid Griessen (BGE 97 I 499ff), als gegen die - liberal gedeutete - Individualfreiheit verstossend ab.

Den realen Freiheitszuwachs der durch die sozialpolitischen Massnahmen Geschützten vermag ein solcher Ansatz schon gar nicht wahrzunehmen oder stuft ihn jedenfalls unter der 'Individualfreiheit' der Handel- und Gewerbetreibenden ein.

130) Hesse, Grundzüge, 130

durch gesetzliche Massnahmen der Pluralismus in den Massenmedien sichergestellt wird? Der Einzelne ist wirtschaftlich und sozial abhängig geworden, so dass er oft nicht mehr aus eigener Kraft Freiheitsbereiche sichern kann; der Staat hat als Helfer der Realisierung grundrechtlicher Freiheit in Erscheinung zu treten (131).

Die Grundrechte, denen heute als Menschenbild nicht das autonome, isolierte, sondern das gemeinschaftsbezogene, in spezifische soziale Verhältnisse eingebettete Individuum zugrundeliegt, sind in ihrer "gesellschaftlichen Bezogenheit ... zu verstehen und ernstzunehmen" (132). Von da her verbietet sich ein Verständnis, das Grundrechte nur als Schranke, nicht aber auch als Ziel und Auftrag versteht (133).

Die Freiheit ist nicht immer da am besten geschützt, wo der Staat untätig ist. Wo er mit seinem Recht interveniert, "kann (er) sie auch stärken und ihrer Verwirklichung im sozialen Leben dienen" (133a).

An dieses 'kann' ist mit einer differenzierenden Betrachtungsweise anzuknüpfen: Gewiss sind Grundrecht und es regelndes Gesetz oftmals in der Perspektive der Verschränkung und nicht nur in derjenigen der Konfrontation zu sehen, aber auch ein Gesetz, das ausgestaltet, kann den zu ordnenden Bereich mehr oder weniger im Sinne der grundrechtlichen Leitidee regeln. Spannungen zwischen grundrechtlicher Leitidee und ausgestaltender Gesetzgebung sind zur Kenntnis zu nehmen, ein Harmonisierungsstreben ist hier falsch am Platze: Ausgestaltung bedeutet nicht per se Sicherung grundrechtlicher Freiheit. Bei P. Häberle ist ein solcher Trend zur alles umfassenden Harmonie oft feststellbar. Problematisch ist beispielsweise, wenn Häberle das Strafrecht als 'Konnexinstitut der sittlichen Freiheit' betrachtet (134), das diese stärkt, umschreibt und erfüllt, da es dem Grundrechtsberechtigten "die Einsicht in den rechten Gebrauch der Freiheit" vermittelt, und behauptet, der "Staat, der dem grundgesetzlichen Institut 'Strafe' gemäss straft, verwirklicht 'Recht', Gerechtigkeit und (Hervorhebung bei Häberle) Freiheit". Willke spricht in dem Zusammenhang von zynischen Aus-

131) Scheuner, Funktion, 510; problematisch daher Klein (S. 70), der den Begriff der 'Ausgestaltung' als gefährlich bezeichnet, weil er impliziere, "es bedürfe des (einfachen) Gesetzgebers, um den Gebrauch individueller Freiheit allererst zu ermöglichen". In der Tat trifft gerade dies in immer grösserem Umfang zu.

132) J.P. Müller, Soziale Grundrechte, 813

133) Scheuner, Funktion, 507;

133a) J.P. Müller, Grundrechte, 141

134) Häberle, Wesensgehaltgarantie, 26

sprüchen und weist auf die schwer grundrechtsdefizitäre Realität im Strafrechtsbereich hin (135).

Ein Grundrechtsverständnis, das gegen den Gesetzgeber nur Schranken mobilisieren kann, statt der unter den heutigen Bedingungen als notwendig erkannten Ausgestaltungsfunktion der Gesetzgebung grundrechtliche Anhaltspunkte zu geben, kann nicht mehr als zeitgemäss gelten (136).

D. 'In dubio pro libertate'

Eng verbunden mit dem subjektiv-defensiven Grundrechtsverständnis ist die formale Auslegungsregel 'in dubio pro libertate', wonach das Verhältnis zwischen Freiheitsgewährung und Freiheitsbeschränkung in Zweifelsfällen zugunsten der Freiheit zu bestimmen ist (137).

Die Regel knüpft bewusst an Autonomievorstellungen an (138), entwickelt von da her einen Begriff der Freiheit als Freiheit vor rechtlicher Beschränkung – sieht also nur die beschränkende, nicht aber die positiv ausgestaltende Seite von Recht – und fordert folgerichtig, dem Verhältnis Staat – Bürger sei für "Kompetenzfragen" (139) der allgemeine "Grundsatz des Rechtsstaates, nach welchem die Vermutung für die Freiheit spricht" (140), zuzugrundelegen.

135) Willke, 113; beispielhaft nennt Willke: Die im Strafrecht gesetzten Prioritäten, milieubedingte Verbrecherlaufbahn, Wirklichkeit des Strafvollzuges, Verfehlen des Resozialisierungsauftrages. (Vgl. dazu auch Schüler-Springorum, 94) Häberle hat allerdings diesbezüglich die Revisionsbedürftigkeit seiner Aussagen eingesehen, vgl. Wesensgehaltgarantie, Vorwort zur 2.A., VII.

136) Vgl. auch Rupp, 73 : "Nichts hat das Grundrechtsverständnis nach 1945 mehr erschwert als dieses hergebrachte räumliche Eingriffs- und Schrankendenken. ... In einer Zeit permanenten Schwundes individuell beherrschten Lebensraumes kann es Aufgabe der grundrechtlichen Freiheitsverbürgungen nicht nur sein, den Staat am Eingriff in Freiheit zu hindern, sondern ihn zu verpflichten, gefährdete Freiheit aktiv zu stützen, zu sichern und zu festigen".

137) P. Schneider, 31ff

138) Ders., 49 und Leitsatz 4; auf den Zusammenhang weist auch Keller, 279, hin.

139) Giacometti, Auslegung, 21

140) Ders., a.a.O., 21; daran hält er auch in Fleiner/Giacometti, 563/4, fest.

Die These ist nicht zuletzt erkenntnistheoretisch fragwürdig. P. Schneider begründet die Regel kantianisch: Die Annahme, der Mensch sei frei ("das heisst in der Lage, sich selbst zu bestimmen" (141), entspringe einem Sollen, einem Postulat der praktischen Vernunft (142).

Schneider wendet sich damit gegen ein Denken, das im "Banne eines anthropologischen Pessimismus" (143) steht, konkretisiert aber die von ihm gemeinte optimistische oder emanzipatorische Konzeption nicht. Hier stellt sich dann die Frage nach der Entscheidung zwischen verschiedenen 'materialen' Freiheitsbegriffen. Ob Freiheit in einem liberalen, marxistischen oder im Sinne etwa der kritischen Theorie gemeint ist, ist eine entscheidungsbedürftige Frage, soll die Maxime nicht "zum Konglomerat entscheidungshemmender Mehrdeutigkeit" (144) herabgemindert werden.

'In dubio pro libertate' ist in der Schweiz schon früh (145) auf Ablehnung gestossen (146). Huber beanstandet den Gebrauch von Ver-

141) P. Schneider, 24

142) Ders., 20ff, insbes. 24

143) Ders., 33

144) Noack, 76

145) Nachweise bei Keller, 279 Anm. 279f, in Anm. 278 finden sich auch Hinweise auf zustimmende Stellungnahmen.

146) Vgl. aus der neueren Literatur: Grisel, Droit administratif, 58; Fischer, 179; Imboden/Rhinow I, 133; Gygi, Wirtschaftsverfassung, 168 stellt im Zusammenhang mit der HGF fest: "Will sie (die Auslegungsregel) so aufgefasst sein, dass es v.a. darauf ankomme, die individualrechtliche Bedeutung der Grundrechte zur Geltung zu bringen, so ist sie gleichbedeutend mit der Wirtschaftskonzeption der HGF. Mithin wird damit einseitig der Liberalismus gestützt, der den Stärksten unter den Einzelnen zustatten kommt"; Saladin, Grundrechte, 290 Anm. 17, attestiert "eine liberal-individualistisch-räumliche Betrachtungsweise"; Jost, 60, erklärt die Regel, ausgehend von einem Polizeiverständnis, das die Schutzfunktion und Sicherung des Zusammenlebens hervorhebt, als unhaltbar, weil häufig des einen Freiheit des anderen Last bedeute. Nach Ehmke, 87f, müsste logischerweise der anthropologische Optimismus, der der Regel zugrundeliegt, nicht nur für das Individuum, sondern auch für die staatliche Gewalt gelten, so gesehen sei die Vermutung inkonsequent. Kritisch auch Scheuner, Pressefreiheit, 37 und F. Müller, Juristische Methodik, 177f. Das Bundesgericht hat den Satz nur ganz vereinzelt verwendet. Zwar findet sich noch in BGE 97 I 355 die Formulierung: "Im Zweifel ist das Eigentum frei", aber schon in BGE 98 Ia 200 hält das Gericht für Eigentumsbeschränkungen fest: "L'exigence d'une base légale n'exclut nullement de donner à la loi une interprétation extensive lui reconnaissant un champ d'application aussi vaste que possible, tout en restant dans le cadre des termes légaux. Même le recours à l'analogie peut se révéler admissible dans une situation exceptionnelle".

mutungen, wenn nicht Tatsachen festzustellen, sondern Rechtsätze anzuwenden sind (147); Keller hält fest, dass im "Zweifel weder die freiheitlichere noch die unfreiheitlichere, sondern nur die richtige Regelung" gelte (148). Damit spielt er zu Recht auf die Wechselwirkung von Freiheit und Recht an, die ein Festhalten an einer Auslegungsregel, die unbesehen Freiheit gegen Recht setzt, verunmöglicht.

Anstelle dieser und anderer (149) formaler Auslegungsregeln ist denn auch eine situationsbezogene, an Sinn und Gehalt der Grundrechte orientierte Auslegung getreten (150).

III. Zur aktuellen Berechtigung des Abwehrgedankens

Die bis an diesen Punkt geführte Auseinandersetzung mit dem negatorischen Grundrechtsverständnis hat deutlich gemacht, dass die Verhältnisse heute so beschaffen sind, dass dem Staat nicht mehr nur defensiv begegnet werden kann. Ins Blickfeld geraten die positiven, auf Gestaltung gerichteten Elemente von Grundrechten.

Dabei wurde immer betont, dass ein nur defensives Denken abzulehnen sei, womit angetönt ist, dass die Abwehrfunktion nicht als überflüssig betrachtet wird. Grundrechte sind allerdings um eine positive Seite zu erweitern .

147) Huber, Garantie, 119a, im Anschluss an Burckhardt, Methode und System des Rechts, 1936, S. 287f.

148) Keller, 279

149) Beispielsweise seien genannt (in Anlehnung an Imboden/Rhinow I, 133 und Saladin, Grundrechte, 290f):

- die Regel, dass die Ausfüllung unechter Lücken im öffentlichen Recht zuungunsten der Privaten unstatthaft sei, wurde abgelehnt in BGE 99 V 23, 75 II 251
- ob der Satz 'lex posterior generalis non derogat legi priori speciali' zutrifft, muss im Einzelfall nach dem Sinnzusammenhang beurteilt werden; vgl. BGE 97 I 712, 96 I 490
- der Grundsatz, wonach Ausnahmeregelungen nicht ausdehnend interpretiert werden dürfen, ist zwar immer wieder betont worden (BGE 97 I 430, 91 I 390); richtig dürfte aber sein, Ausnahmenvorschriften weder extensiv noch restriktiv, sondern nach ihrem Sinn und Zweck auszulegen . (BGE 99 Ib 395, vgl. auch 99 Ia 744).

150) Ein Rechtsatz ist "in erster Linie aus sich selbst, d.h. nach seinem Wortlaut, Sinn und Zweck sowie nach den ihm zugrundeliegenden Wertungen auszulegen ..." (BGE 100 Ib 386).

Dies muss einer Ansicht unverständlich bleiben, die behauptet, dass Grundrechte nicht zugleich beides sein können: "Ansprüche auf staatliche Aktion und auf deren Negation" (1).

Demgegenüber ist eine differenzierende Betrachtungsweise vorzuziehen, die in Grundrechten Elemente negativer und positiver Natur sieht, die entweder objektiven, programmatischen oder subjektiven, anspruchsbegründenden Charakter haben. Dieser Sachverhalt wird umschrieben mit Begriffen wie "Multifunktionalität" (2), , "Doppelcharakter" (3) der Grundrechte; die einzelnen Schichten werden als "normative Teilgehalte" der Grundrechte verstanden (4).

In der Tat ist, auch wenn die zunehmende Verflechtung andere Elemente als ebenso wichtig erscheinen lässt, der Abwehrgedanke nicht aufzugeben (5). Denn Verflechtung bedeutet nicht Identität (6), Staat und Gesellschaft sind nicht ineinandergefallen, Herrschende und Beherrschte nicht identisch (7), so dass die klassische Funk-

-
- 1) Klein, 72
 - 2) Willke, 204ff.
 - 3) Häberle, Wesensgehaltgarantie, 70f; Hesse, Grundzüge, 118
 - 4) J.P. Müller, Soziale Grundrechte, 815ff.
 - 5) Die Aktualität ist allenthalben erkannt; vgl. Häberle, Grundrechte, 102; ders., Wesensgehaltgarantie, 19; Hesse, Grundzüge, 122; ders. in seinem Diskussionsbeitrag in VVDStRL 30, 145; ebenda auch Scheuner, 143; ders. Staatszielbestimmungen, 325; Willke, 220; J.P. Müller, Soziale Grundrechte, 808ff; Schmidt, 236; Klein, 38; Rhinow, Grundrechtskatalog, 233; Gygi, Wirtschaftsverfassung, 74; Bäuml, Demokratie, 103. Es geht insoweit nicht um eine Uminterpretation defensiver Freiheitsrechte in leistungsgewährende Grundrechte, sondern um die Ausdehnung ihres Schutzbereiches (Friauf, 677). So setzt auch Klöpfer, 16, bei der Forderung nach Zurverfügungstellen der Grundrechtsvoraussetzungen beim Grundrecht als eingriffswehrende Abschirmung eines Lebenssachverhaltes an. Ist das Schutzobjekt, der Lebenssachverhalt nicht gegeben, so geht die grundrechtliche Freiheit, der Schutz ins Leere. "Für den Obdachlosen ist die Unverletzlichkeit der Wohnung leere Hülse".
 - 6) Hesse, Grundzüge, 12f.
 - 7) "Auch die Demokratie (ist) Herrschaft von Menschen über Menschen, die den Versuchungen des Machtmissbrauches unterliegt. ... Staatliche Macht kann auch im Rechtsstaat Unrecht tun" (Hesse, a.a.O., 112). Daher ist auch Coesters Bemerkung (in: Verwaltung und Demokratie in den Staaten von Nordamerika, 1913, S. 14, zit. nach Huber, Garantie, 119 a) "Die Schiesscharten der bürgerlichen Verfassung zeigen alle nach einer Seite, wo längst kein Feind mehr ist" eben nur bedingt richtig.

tion der Grundfreiheiten als Entgegensetzungen zum Staat (und in ihrer Drittwirkungsfunktion als Entgegensetzung zu Privaten) nicht überflüssig geworden ist (8).

Zwar geht es nur mehr bedingt darum, im Sinne der altliberalen Tradition eine vom Staat abgewendete Zone zu markieren; diese Aufgabe bleibt allerdings zeitlos wichtig im Bereich persönlicher Lebensgestaltung, bei der Gewährleistung und Erhaltung einer individuellen Privatsphäre. Diese Bereiche sind staatlicher Einflussnahme, Kontrolle und Regulierung schlechthin entzogen, hier ist im traditionellen Sinne an einer "Freiheit zur Beliebigkeit" (9) festzuhalten.

Daneben lässt gerade die festgestellte Verflechtung von Gesellschaft und Staat die klassische Deutung, vor allem bei den ideellen Grundrechten, aktuell bleiben. "Nur in ... ständiger Interaktion mit einem freien politischen Prozess kann der Planungsstaat die Gemeinwohlforderungen ermitteln, die seine Wertungen im Planungsprozess eines pluralistisch-demokratischen Gemeinwesens leiten müssen" (10). Die Grundrechte übernehmen hier die Funktion der Sicherstellung dieser notwendigen Interaktion Staat-Gesellschaft, sie sichern die freie geistige und politische Auseinandersetzung (11). Das macht deutlich, dass die ideellen Grundrechte in ihrer die res publica gestaltenden Funktion letztlich auf das Gemeinwesen bezogen, statt ihm entgegengesetzt sind.

IV. Schlussfolgerung

1. Ordnungsvorstellung des negatorischen Freiheitsdenkens ist die Gegenüberstellung einer autonom sich regulierenden Gesellschaft

8) Schmidt, 228

9) Klein, 61 und passim; Hesse Unterscheidung, 440 Anm. 36

10) J.P. Müller, Soziale Grundrechte, 809

11) Der soziale Staat stellt an demokratische Verfahren eher höhere Anforderungen: Gemeinwohlvorstellungen müssen, da sich Gemeinwohl definitiv nicht mehr automatisch ergibt, im politischen Prozess eruiert werden. Dabei ist die Partizipation von Minderheiten und Randgruppen sicherzustellen. (Zum Zusammenhang 'sozialer' Grundrechte und Verfahren vgl. auch vorne § 1, I D.) Gegen Versuche, Demokratisierung gegen Planungseffizienz auszuspielen, hat sich neuerdings überzeugend R. Bäuml, Demokratie, 55ff, gewandt.

und eines auf Nachtwächterfunktionen reduzierten Staates, gegen dessen Eingriffe die Freiheitsrechte als Schranken instrumentalisiert werden. Das defensive Freiheitsverständnis fällt hinter frühere Ansätze amerikanischer und französischer Verfassungen zurück, die Freiheitsrechte nicht nur als gegen den Staat gerichtet, sondern als für das gesamte Gemeinwesen konstitutive Richtlinien konzipiert haben.

2. Eine nur negatorische Grundrechtskonzeption - letztlich basierend auf einem Dualismus Staat-Gesellschaft - ist in zweierlei Hinsicht obsolet geworden:

- a) Die liberale Vorstellung eines Selbstregelungsmechanismus einer autonom gesetzten Gesellschaft wird durch die Tatsachen widerlegt. Eine auch nur schlaglichtartige Beleuchtung staatlicher Aktivität im Bereiche der Sozial- und Wirtschaftspolitik ergibt, dass die These eines Gegenüber von Staat und Gesellschaft nicht aufrechterhalten werden kann.
- b) Es hat sich gezeigt, dass die vor allem während des deutschen Positivismus einen Höhepunkt erlebende subjektiv-defensive Freiheitskonzeption Ausdruck eines Gegenüber von Wilhelminischem Obrigkeitsstaat und einer von politischer Gestaltung weithin ausgeschlossenen Gesellschaft war. Die ältere schweizerische Staatslehre hat schon immer die Vorstellung eines in sich ruhenden und der Gesellschaft gegenübergestellten Staatswesens abgelehnt; sie ist in der Tat mit einem demokratisch strukturierten Gemeinwesen unvereinbar.

Das bedeutet konsequenterweise, dass es keine nur vom Recht umschlossene hoheitliche Staatsgebiete mehr geben kann, vielmehr ist die ganze staatliche Sphäre als vom Recht durchdrungen zu betrachten. Es wurde bereits angedeutet, dass diesem Sachverhalt für die Leistungsproblematik eine nicht zu unterschätzende Bedeutung zukommt.

- 3. Mit dem status negativus sind eine ganze Reihe anderer verfassungsdogmatischer Konstruktionen fragwürdig geworden, denen letztlich als Prämisse der thematisierte Dualismus zugrunde-

liegt: Einmal die Vorstellung eines grundsätzlichen Getrenntseins von Grundrechtsteil und Organisationsrecht der Verfassung; dann eine Sicht, die Recht nur in seiner freiheitsbegrenzenden, nicht aber auch in der ausgestaltenden, Freiheit erst ermöglichenden Funktion, sieht; schliesslich aber auch die einseitig an der freiheitsbegrenzenden Komponente von Recht anknüpfende formale Auslegungsregel 'in dubio pro libertate'.

4. Immer unwahrscheinlicher wird, dass die positive Erfüllung der negatorischen Freiheitsrechte automatisch eintritt, wie das die liberale Theorie suggerieren will. Vielmehr ist zu beobachten, wie die Abhängigkeit des Individuums, dessen selbstbeherrschter Lebensraum immer kleiner wird, von existenzsichernder, staatlicher Tätigkeit zunimmt. Dieser Sachverhalt legt es nahe, Grundrechte über den unaufgebbaren negatorischen Gehalt hinaus um eine positive Seite zu erweitern, womit dann auch unmittelbar auf Grundrechte gestützte Leistungsansprüche ins Blickfeld rücken.

Inwieweit es im Hinblick auf Gewaltenteilung und Demokratieprinzip möglich erscheint, dass der rechtsanwendende Richter die dazu notwendige Umdeutung der Freiheitsrechte vornimmt, wird uns im 2. Kapitel vor allem unter methodischen Gesichtspunkten, im 3. Kapitel dann in Auseinandersetzung mit einzelnen Grundrechten beschäftigen.

2. Kapitel

P R O B L E M L Ö S U N G S V E R S U C H E

§ 3 V o r b e m e r k u n g z u A u f g a b e u n d
G r e n z e n d e r I n t e r p r e t a t i o n

Die thematisierten Leistungsansprüche basieren nicht auf einschlägigen positivrechtlichen Formulierungen (1) oder entstehungsgeschichtlichen Anhaltspunkten (2), sondern stützen sich auf eine Ausweitung der von Wortlaut und Ueberlieferung her nicht leistungsorientierten Grundrechten.

Fragen der Interpretation, letztlich des Grundrechtsverständnisses (3) nehmen einen zentralen Platz ein. Dies rechtfertigt es, einige grundsätzliche Ueberlegungen zu Aufgabe und Grenzen der Interpretation voranzustellen.

I. Problematik der herkömmlichen Auslegungsregeln

Dass Verfassungsnormen und insbesondere Grundrechtsbestimmungen in besonderer Weise der Interpretation bedürfen, erhellt augenfällig aus ihrer sprachlichen Fassung: ihres 'Stichwortcharakters' wegen entbehren sie weithin der inhaltlichen Eindeutigkeit (4).

Angesichts dieser Sachlage wird mittels eines bestimmten Instrumentariums juristischer Interpretationsregeln versucht, den Sinngehalt von Grundrechtsnormen zu ermitteln.

-
- 1) Eine Ausnahme stellen die kleinen Sozialrechte dar (vgl. dazu § 7 X). Ebenso schliesst Kratzmann, 61ff, nach eingehender Untersuchung die Möglichkeit aus, den Grundrechten des GG gestützt auf den Wortlaut Leistungsansprüche zu entnehmen.
 - 2) Zum gleichen Ergebnis kommt für das GG - also eine wesentlich jüngere Verfassung als die BV - Kratzmann, 72ff
 - 3) Zum Verhältnis Grundrechtstheorie und Interpretation vgl. Böckenförde, Grundrechtstheorie 221 und hinten bei Anm. 36ff.
 - 4) Huber, Konkretisierung, 195; Böckenförde, a.a.O., 221; Friesenhahn, G 2; Rupp, 163 f; zum Informationsgehalt (resp. Leerformelcharakter) von Normen und speziell zu dem von ihnen eröffneten Spielraum vgl. Koch, 23.

Die herkömmliche Interpretationslehre sucht den objektiven Willen der Norm (5) oder - mit der subjektiven Methode - den Willen des Normgebers zu ermitteln, indem sie mit Hilfe spezifischer 'Auslegungselemente' (6) den Wortlaut (7), die Stellung der Norm im Normgefüge (8), die Entstehungsgeschichte (9) und Sinn und Zweck der Norm (10) ins Auge fasst (11).

Die bundesgerichtliche Praxis zeigt das Bild eines ausgeprägten Methodenpluralismus (12).

Dies belegen einige Beispiele aus neuerer Zeit: Im berühmten Frauenstimmrechtsfall (13) erklärte das Gericht, das Wort 'Schweizer' in Art. 23 der Waadtländischen Verfassung umfasse nur Männer, nicht auch Frauen. Dies allein entspreche der Deutung, die der historische Verfassungsgeber der Norm habe geben wollen. Das Gericht verfuhr also nach der subjektiv-historischen Methode. In BGE 93 I 263 E 3 b dagegen nahm es eine Ausweitung des Begriffes Landschaft in § 182 des zürcherischen EG zum ZGB in objektiv-zeitgemässer Auslegung vor, um den Landschaftsschutz effektiver zu gestalten; es bestätigte dies in BGE 94 I 57 f mit dem Hinweis, die Auslegung sei angezeigt angesichts zunehmender Verstädterung und dem Bedürfnis, gefährdete Tiere zu schützen; in BGE 95 I 193 ff lehnte es die restriktive, historische Auslegung einer gesundheitspolizeilichen Bestimmung durch die kantonalen Behörden ab, denn "die Aufgaben des Gemeinwesens auf dem Gebiete des Gesundheitswesens werden darin in einer Art und Weise umschrieben, die eine den heutigen Anforderungen entsprechende Anwendung nicht nur ohne weiteres gestattet, sondern geradezu fordert, wenn man die Bedeutung berücksichtigt, die der menschlichen Gesundheit als Rechtsgut zukommt" (14). Für die Petitionsfreiheit stellte das Gericht zwar in Frage, ob die traditionelle, stark einschränkende Auffassung von Inhalt und Tragweite des Grundrechtes den gewandelten Verhältnissen noch gerecht werde, eine Ausweitung müsse aber dem Gesetzgeber

-
- 5) Innerhalb der objektiven Methode wird zwischen objektiv-entstehungszeitlicher und objektiv-zeitgemässer Auslegung unterschieden.
 - 6) So die für die Schweiz gebräuchliche Bezeichnung, vgl. Imboden/Rhinow I 131
 - 7) Grammatische Auslegung
 - 8) Systematische Auslegung
 - 9) Historische Auslegung
 - 10) Teleologische Auslegung
 - 11) Hesse, Grundzüge, 22; Zäch, 313; vgl. auch die Darstellung bei Campiche, 44ff.
 - 12) Saladin, Grundrechte, 372; Imboden/Rhinow I 130; Campiche, 53f
 - 13) BGE 83 I 173ff, zu diesem Entscheid auch Campiche, 64ff.
 - 14) BGE 95 I 199

vorbehalten bleiben (15); in BGE 102 Ia 468ff bestätigte es die Steuerpflicht der juristischen Person aus Art. 49.6 BV trotz anerkannter gewandelter Verhältnisse mit Hinweis (auch) auf die Entstehungsgeschichte (16) und bestätigte damit stillschweigend die in BGE 95 I 504 geäußerte Ansicht, wonach veränderte soziologische Verhältnisse zwar Anlass zu einer Veränderung der Rechtsordnung durch den Gesetzgeber geben können, für sich allein aber die Rechtsordnung nicht abändern. Diesem Satz wird aber durch das Bekenntnis des Bundesgerichtes zur objektiv-zeitgemässen Methode viel von seiner Schärfe genommen. Danach darf einer "Gesetzesnorm ein Sinn gegeben werden, der für den historischen Gesetzgeber nicht voraussehbar war und in den bisherigen Anwendungen auch nicht zum Ausdruck gekommen ist, wenn er noch mit dem Wortlaut vereinbar ist" (17).

Neben diesem hier angedeuteten Hin- und Herpendeln zwischen objektiver und subjektiver, historischer und zeitgemässer Auslegung darf nicht übersehen werden, dass das Gericht im Bereiche etwa von Art. 4 BV (18), Art. 46 Abs. 2 BV (19) und Art. 113 Abs. 1 Ziff. 3 (20) in einer ausserordentlichen freien Weise nach "besonderen heuristischen Leitsätzen" (21) verfahren ist und dabei zu Ergebnissen gelangt ist, die weit über den von den überkommenen Regeln abgesteckten Rahmen hinausgehen (22).

-
- 15) BGE 98 Ia 489; ausschlaggebend war die Befürchtung des Gerichtes, eine Ausweitung der Petitionsfreiheit i.S. einer Pflicht der Behörden auf materielle Behandlung und Beantwortung könne die Grenze zum Rekurs verwischen und eine Art Popularbeschwerde gegen die Akte der Staatsgewalt schaffen. (vgl. auch hinten §7 V)
 - 16) BGE 102 Ia 477
 - 17) BGE 103 Ia 403
 - 18) Aus dem Satz, "Alle Schweizer sind vor dem Gesetz gleich", hat das Gericht etwa den Anspruch auf rechtliches Gehör, die unentgeltliche Prozessführung, das grundrechtlich garantierte Institut der Offizialverteidigung und das Gebot von Treu und Glauben im Verhältnis Staat - Bürger abgeleitet. Der Grund für die weit über den Wortsinn hinausgehende Deutung liegt darin, dass das Gericht im Gleichheitsatz die Grundlage des Rechtsstaates erblickt und von da her die Ausweitung gerechtfertigt sieht (BGE 94 I 521).
 - 19) In einer reichen Judikatur konkretisierte es anstelle des untätig gebliebenen Gesetzgebers das Doppelbesteuerungsverbot.
 - 20) In einer weiten Deutung von Art. 113 Abs. 1 Ziff. 3 liess es organisatorischen Bestimmungen (Art. 46 Abs. 2 BV, Art. 2 Ueb. Best. BV, weitere Nachweise bei Saladin, Grundrechte, 374) den Grundrechtsschutz zuteil werden; von der Anerkennung ungeschriebener Grundrechte ganz zu schweigen.
 - 21) Saladin, Grundrechte, 373
 - 22) Hesse, Grundzüge, 24, stellt für die Rechtsprechung des deutschen Bundesverfassungsgerichtes ähnliches fest.

Die für das Gericht geltenden Maximen werden in BGE 98 Ia 199f programmatisch umschrieben: "Selon la jurisprudence, le juge, interprétant une disposition constitutionnelle ou légale, cherche à en découvrir le sens, à en définir la portée juridique effective, au-delà des expressions dont s'est servi le législateur. Ce sens coïncide parfois avec celui que le législateur historique a voulu donner au texte, mais il peut aussi être celui que doit avoir ce texte pour être applicable aujourd'hui d'une manière raisonnable, compte tenu des circonstances du moment et de l'état de développement de la technique. Ainsi le Tribunal fédéral recourt-il aux procédés d'interprétation qui lui paraissent, dans chaque cas particulier, les plus propres à dégager le véritable sens de la norme. Il peut même, dans cette intention, se fonder à la fois sur la genèse de la disposition en cause - interprétation historique - , sur le texte et, le cas échéant, sur ses rapports avec d'autres dispositions légales ou d'autres principes".

Diese Formulierung wirft Fragen in zweierlei Richtung auf: - einmal ist grundsätzlich zu fragen, welchen erkenntnisleitenden Wert die traditionellen Regeln angesichts der hier postulierten - und von der Praxis in weitem Ausmass praktizierten - Austauschbarkeit überhaupt haben (23), denn: Wird "eine methodische Regel mal befolgt, mal nicht befolgt, so bedeutet das, dass sie nicht gilt" (24).

23) Schon bei Savigny, der die 4 klassischen Grundregeln ausgearbeitet hat, wird deren Austauschbarkeit deutlich. Savigny anerkennt, dass "bald die eine, bald die andere wichtiger seyn und sichtbarer hervortreten" könne, ohne aber Kriterien für die Gewichtung im Einzelfall zu geben (zit. nach Noack, 47). Die einzelnen Elemente sind nicht nur weitgehend austauschbar, sondern markieren vielfach sogar Gegensätze: "Fordert die eine Theorie die genaue Beachtung des Wortsinns, so geht die andere auf bestimmte Zielvorstellungen ein, die der Gesetzgeber oder der Interpret dem betreffenden Ordnungsmuster zuschreibt. Fordert die eine die Beachtung der konkreten Sinnhaftigkeit einer Lösung, so geht die andere auf die Stellung des Ordnungsmodells innerhalb des gesamten Systems ein. Fordert die eine Berücksichtigung der Entstehungsgeschichte, so fordert die andere deren völlige Beiseitelassung im Interesse einer akzeptablen Würdigung der 'objektiven' ratio legis" (Esser, Vorverständnis, 123f).

24) M. Kriele, Theorie der Rechtsgewinnung - entwickelt am Problem der Verfassungsinterpretation, 2. A Berlin 1976, 25

Darüberhinaus legt die Formulierung des Bundesgerichtes, es wende die Methode an, die ihm geeignet scheine, "à dégager le véritable sens de la norme", den Verdacht nahe, das Gericht kenne jeweils bereits den wahren Sinn der Norm und versuche nur durch Beizug der jeweils geeigneten Methode ihn nachträglich plausibel zu machen (25). Damit rückt – als zentrales Problem und eng mit der ersten Frage verbunden – das Vorverständnis des Gerichtes in den Mittelpunkt des Interesses, denn davon hängt letztlich ab, worin der wahre Sinn einer Norm gesehen wird.

Die bundesgerichtliche These, es sei die Methode beizuziehen, die dem wahren Sinn der Norm entspreche, ist insofern realistisch, als in ihr zum Ausdruck kommt, dass jener 'wahre Sinn' eben nur bedingt als Ausfluss eines in der Verfassung vorgegebenen objektiven oder subjektiven "Willens" begriffen werden kann, sondern – um zunächst pointiert zu formulieren – woanders hergeholt wird.

Darauf weist eindringlich K. Hesse hin. Er stellt zu Recht fest, dass gerade in Fällen, in denen die Verfassung keine eindeutigen Massstäbe enthält, also immer dann, wenn Interpretation notwendig wird, sich in Wahrheit weder Verfassung noch Verfassungsgeber entschieden haben, "sondern nur mehr oder weniger zahlreiche unvollständige Anhaltspunkte für die Entscheidung gegeben" haben (26). So gesehen erscheint die Ermittlung des wirklichen Willens – sei es der der Verfassung, oder der des Verfassungsgebers – als Fiktion, als Nachvollzug von real nicht Vorhandenem. K. Hesse schliesst daraus, dass "Interpretation immer nur bedingt ein Nachvollziehen und vollends keine Subsumtion sein (kann). Sie muss vielmehr davon ausgehen, dass ihr 'Ziel' nicht bereits real existent ist" (27).

25) So auch Zäch, 314 m.w.H.

26) Hesse, Grundzüge, 23; vgl. v.a. auch F. Müller, Politisches System, 76, mit Hinweisen auf frühere Schriften, Esser, Vorverständnis, 129; Rüthers, Institutionelles Rechtsdenken, 17.

27) Hesse, a.a.O., 23; auch H. Huber weist darauf hin, dass es für den mit der Verfassung Beschäftigten nicht so sehr um ein Nachvollziehen eines vorgegebenen Sinnes gehe, sondern um ein schöpferisches, produktives Verstehen. Eine strenge Interpretation sei schon angesichts der Grundrechtsnorm, die nur Andeutung sei, illusorisch (H. Huber, Konkretisierung, 199 ff.).

Diese 'Zieloffenheit' der Auslegung, die sich darin zeigt, dass einmal auf den objektiven Willen des Gesetzes, einmal auf den Willen des Gesetzgebers rekurriert wird, widerspiegelt sich auch im Gebrauch der einzelnen Auslegungselemente, deren Anwendung und Reihenfolge oftmals durch das Ergebnis präjudiziert scheint. Denn vom Auslegungsziel hängt ab, welchem Auslegungselement man die Priorität einräumt (28).

Das Bundesgericht bringt ausnahmsweise kumulativ alle Elemente zur Anwendung (29), in der Regel aber dominiert das grammatische Element (30). "Das systematische, das teleologische und das historische Element werden einzeln oder gesamthaft entweder zur Begründung eines Auslegungsergebnisses zusätzlich herangezogen, oder aber sie werden im Sinne einer vom Wortlaut des Gesetzes abweichenden Interpretation verwendet" (31). Die vom Wortlaut abweichende Interpretation (von Gesetzen) ist allerdings an das Vorhandensein gewisser Voraussetzungen geknüpft (32).

Wenn somit festgehalten wird, dass mit den überkommenen Auslegungsmethoden auf Verfassungsebene (33) für das im Einzelfall anstehende Problem kein gesicherter (verfassungs-)wahrer Sinn deduzierbar ist (34, 35), so wird Gegenstand des Interesses, wie innerhalb des

28) Dreier, 25

29) BGE 94 I 88 E 2 a - e: grammatikalische systematische, historische und teleologische Auslegung einer Norm.

30) Vgl. etwa BGE 97 I 727, 923

31) Imboden/Rhinow I, 131

32) Dazu Imboden/Rhinow I, No 21 und 22

33) Das hier Erörterte bezieht sich ausdrücklich nur auf den Bereich der Verfassungsauslegung; der Stellenwert der herkömmlichen juristischen Methodik für die Auslegung von Gesetzen bedürfte gesonderter Erläuterung (vgl. auch die Bemerkung bei Scheuner, Pressefreiheit, 61); er dürfte, angesichts der Tatsache, dass Gesetze - im Gegensatz zu Verfassungen - "positives Recht von relativ hoher Konsistenz und Regelungsdichte sind" (Dreier, 27), höher zu veranschlagen sein. Der Unterschied von Verfassungs- und Gesetzesauslegung findet sich auch angesprochen bei Haller, Verfassungsgerichtsbarkeit, 512, 518; F. Müller, Arbeitsmethoden, 258, 263

34) Damit ist nicht gesagt, dass die traditionellen Auslegungselemente im Bereich der Verfassungsauslegung überflüssig wären, sie haben in einer Methode, die die gerade durch das alte Instrumentarium aufgeworfenen Probleme zu reflektieren versucht, durchaus ihren Platz. Vgl. dazu gleich folgend II

35) Nur am Rande sei erwähnt, dass topisches Denken, soweit es für die Verfassungsauslegung relevant ist (dazu Hesse, Grundzüge, 31), genau an diesen Befund anknüpft und davon ausgeht, dass "das juristische Denken, auch wo es sich deduktiv gibt, in Wahrheit ein induktiver, vom problematischen Sachverhalt ausgehender, auf konsensfähige Argumentation vorgelegter Prozess überzeugungskräftiger Entscheidungsfindung ist" (Dreier, 28). Zur notwendigen Kritik an einer Variante topischen Denkens, die im Interesse "problem"-angemessener Falllösung nötigenfalls über die Norm hinausgehen will, F. Müller, Juristische Methodik, 153f

weiten durch die Verfassung mit ihren Anhaltspunkten abgesteckten Rahmens das Ziel, d.h. ein rational begründ- und damit kontrollierbares, normativ gedecktes Ergebnis erreicht wird.

Zur Beantwortung dieser Frage ist anzuknüpfen an die immer wieder gemachte Feststellung, dass bei "allen Interpretationsfragen von einigem Schwierigkeitsgrad das Problem durch das bewusste oder unbewusste Vorverständnis, mit dem man an es herantritt, vorentschieden" wird (36).

Dieses Vorverständnis darf nicht vorschnell mit dem negativierenden Sinn des 'Vorurteils' besetzt werden (37), vielmehr ist es in seiner unverzichtbaren und konstitutiven Bedeutung für den Erkenntnisprozess (38) ernst zu nehmen - und allerdings auch offenzulegen.

Das gilt speziell für die Interpretation von Grundrechten. Die sprachlich weite Fassung der Grundrechte, der beschränkte Erkenntniswert der Auslegungsmethoden und -elemente bieten dem Interpreten keine hinreichenden Anhaltspunkte; die Auslegung wird geleitet durch eine bestimmte Grundrechtstheorie, letztlich Verfassungstheorie (39).

Böckenförde unterscheidet in seiner Bestandesaufnahme mehrere Grundrechtstheorien, die wahlweise oder teilweise miteinander verbunden, die aktuelle Grundrechtsinterpretation bestimmen: Die liberale

-
- 36) Ehmke, 70; siehe auch Saladin, Grundrechte, 376 m.w.H.; Scheuner, Funktion, 511; Dreier, 13, 42; Böckenförde, Grundrechtstheorie, 221f; Hesse, Grundzüge, 26; Willke, 14; Huber, Konkretisierung, 200, spricht von einer "mehr oder weniger intensiven Sinnerwartung". Zentral Esser, Vorverständnis und Methodenwahl, 78, der sich bemüht, "die Vorstellung von Konkretisierung und Aktualisierung des geltenden Rechts auf die Art und Herkunft des Vorverständnisses hinzulenken"; Kratzmann, 76; Zäch, 320.
 - 37) Huber, Konkretisierung, 200; vgl. auch Esser, JZ 30 (1975) 555
 - 38) Angesichts der Unvermeidbarkeit des 'hermeneutischen Zirkels' (dazu Dreier, 29 m.w.H. - Radbruch hat das in den Satz gefasst, dass juristische Auslegung unvermeidlich "das Ergebnis ihres Ergebnisses" sei, zit. nach Dreier, a.a.O.) kommt dem Vorverständnis für den Verstehensprozess konstitutive Bedeutung zu.
 - 39) Mit Böckenförde, Grundrechtstheorie, 221f, kann Grundrechtstheorie verstanden werden als "eine systematisch orientierte Auffassung über den allgemeinen Charakter, die normative Zielrichtung und die inhaltliche Reichweite der Grundrechte. Sie hat ihren Bezugspunkt (die systematische Orientierung) in aller Regel in einer bestimmten Staatsauffassung und/oder Verfassungstheorie". Zum Verfassungsverständnis, das dieser Arbeit zugrundeliegt, hinten, § 4 II

(bürgerlich - rechtstaatliche) (40); die institutionelle Grundrechtstheorie (41), die Werttheorie der Grundrechte (42), die demokratisch - funktionale und sozialstaatliche Grundrechtstheorie (43, 44).

Die Vielfalt signalisiert in aller Schärfe das grundsätzliche Problem heutiger Grundrechtsinterpretation: Jede Auslegung rekuriert notwendig auf ein bestimmtes Vorverständnis und ist insofern unabdingbar auf eine materiale Grundrechts- letztlich Verfassungstheorie verwiesen. Die Problematik der heutigen Situation liegt, dies belegt eindrücklich die Vielfalt der Grundrechtsverständnisse, darin, dass es zur Zeit eine solche konsensfähige materiale Theorie nicht gibt.

Gerade die Kontroverse um anstehende grundrechtsspezifische Probleme macht das Fehlen einer einheitlichen Konzeption deutlich. Erinnert sei nur an die Diskussion um den Bedeutungswandel der Grundrechte im Leistungsstaat, die Aktualisierung des Gleichheitssatzes, ein zeitgemässes Verständnis der HGF, aber auch des Eigentums (45). An diesen Brennpunkten hat sich gerade auch in der Schweiz eine Kontroverse entzündet, die auf einen konsenslosen Zustand hindeutet (46).

Das ist weiter nicht erstaunlich: Grundrechte und andere zentrale Verfassungsbegriffe wie Freiheit, Gleichheit, Rechtsstaat, Sozialstaat, Demokratie sind Begriffe mit hoher 'Ideologiefanfälligkeit' (47). Hier zeigt sich, dass Verfassungsrecht politisches Recht ist

40) Vgl. vorne § 2

41) Dazu § 4 IV

42) Dazu § 4 III

43) Vgl. zur sozialstaatlichen Grundrechtstheorie § 4 V.

44) Zum Inhalt dieser Theorien vgl. Böckenförde a.a.O., 224ff und oben Anm. 40 - 43. Böckenförde, a.a.O., 243ff, fügt diesen 5 Theorien diejenige 'des Grundgesetzes', eine sozialstaatlich modifizierte liberal-rechtstaatliche Theorie, bei.

45) Diese Aufzählung lässt auch den engen Zusammenhang von unterschiedlichen grundrechtstheoretischen Positionen und Zeit deutlich werden: jedes dieser Probleme hat seinen Grund im Wandel der Verhältnisse, die verschiedene Grundrechtsantworten auslösen. Vgl. dazu allgemein P. Häberle, Zeit und Verfassung, ZfP 21 (1974) 111-157.

46) So konstatiert etwa Häfelin, 76 bez. Aufgabe und Funktion der Verfassung einen konsenslosen Zustand.

47) Dreier, 14

(48). In ihm haben sich politische Entscheidungen, oftmals Kompromisse verschiedener sozialer Interessen niedergeschlagen, die, bis zu ihrer Abänderung in einem qualifizierten Verfahren, die für das staatliche Ganze verbindliche Rahmenordnung abgeben: Verfassungsrecht als juristisch eingefrorener Konsens (49). Soweit diese Rahmenordnung interpretatorischen Spielraum lässt, was speziell bei Grundrechten und ähnlichen zentralen Verfassungsbegriffen in besonderem Masse der Fall ist, wird er von den gesellschaftlich interessendivergenten Kräften in ihrem Sinne zu usurpieren versucht. Unterschiedliche Grundrechtstheorien, die divergente Lösungs- und Zielvorstellungen indizieren, sind Ausdruck verschiedener gesellschaftspolitischer Interessen, die die Norm oder das Prinzip in ihrem Sinne interpretiert haben möchten (50). Von diesem Sachverhalt ist als einer Gegebenheit auszugehen, die übrigens keineswegs neu ist. Die zunehmende Ideologisierung, und das ist in diesem Ausmass neu, hängt damit zusammen, dass angesichts sich immer schneller und strukturell tiefgreifender ändernder gesellschaftlicher Verhältnisse, die Frage zusehends zentral wird, wie sich Grundrechte in Kontakt mit der Wirklichkeit halten lassen. Die Beantwortung dieser Frage eröffnet neue interpretatorische Spielräume, womit sich naturgemäss die Differenzen noch vergrössern.

Festzuhalten ist jedenfalls, dass angesichts dieser oftmals beklagten 'Ideologisierung des Verfassungsrechtes', hinter der wir weniger negativ besetzt den Umgang einer pluralen (51) Gesellschaft

48) J.P. Müller, Grundrechte, 92; Saladin, Funktion, 313; Wildhaber, Soziale Grundrechte, 283; Bäumlin, Demokratie, 75, 81

49) Willke, 69

50) Dabei geht es nicht um eine schematische Zuordnung von der Grundrechtstheorie zu der politischen Ordnungsvorstellung. Offensichtlich ist es aber eine Frage mit eminent politischen Implikationen, ob beispielsweise die HGF einer sozialstaatlich oder bürgerlich-liberal orientierten Grundrechtsdeutung unterzogen wird.
Zur politischen Funktion der Interpretation grundlegend Rüthers, Institutionelles Rechtsdenken, 12ff

51) Zu den notwendigen Klärungen, die beim Begriff 'Pluralismus' angebracht sind, vgl. Bäumlin, Demokratie, 18ff

mit ihrer Grundordnung, mithin eine legitime Politisierung sehen (52), die von Forsthoff vehement geforderte Rückkehr zu den "alten bewährten Regeln der juristischen Hermeneutik" (53) nicht weiterhilft. Sie ermöglichen dem Interpreten ein "Sichverstecken" (54) hinter dem Apparat einer sich objektiv gebenden juristischen Methodik, wo es darum ginge, die Prämissen einsichtbar zu machen, die zu einem bestimmten Ergebnis geführt haben (55).

Für die Interpretation ist das Vorverständnis in seiner konstitutiven Bedeutung anzuerkennen und von der Tatsache auszugehen, dass es Kennzeichen interessendivergenter Gesellschaften ist, dass ein Problem, gerade wenn es Grundrechte betrifft, verschiedenen Lösungen zugeführt werden kann, von denen keine den Anspruch absoluter Richtigkeit geltend machen kann (56). Die Lösung verbürgt

52) In dem Sinne ist eine Polemik gegen den 'Interessenten' in der pluralistischen Gesellschaft fehl am Platze (so grundsätzlich zu Recht Luhmann, Grundrechte, 15). Unabdingbare Voraussetzung ist allerdings - wenn Pluralismus nicht leere Hülse und Bezeichnung eines geradezu konträren Zustandes sein soll - die chancengleiche Durchsetzungsmöglichkeit verschiedener Interessen; ein Zustand, der für die Schweiz als noch nicht erreicht betrachtet werden muss. Vgl. Morand, droits fondamentaux, 202 und Bäuml, Demokratie, 20

53) Forsthoff, Zur Problematik der Verfassungsinterpretation, Stuttgart 1961, 34; ders., Umbildung, 36

54) Scheuner, Pressefreiheit, 62; Willke, 14

55) Forsthoffs Appell ist mehrheitlich abgelehnt worden, vgl. etwa Hollerbach, 241; Scheuner, Pressefreiheit, 61f; Huber, Konkretisierung, 193; Grimm, 497; F. Müller, Arbeitsmethoden, 161; Willke, 146; Dreier, 17

Die Schwierigkeit, seiner Argumentation zu folgen, liegt zudem darin begründet, dass Forsthoff eine juristische Methodik im Anschluss an Savigny, verbunden mit einem spezifischen Rechtsstaatsverständnis postuliert und beides mit dem Anspruch auf historische Vorgegebenheit vertritt, "als ob über diese beiden Punkte nicht begriffs- und wissenschaftsgeschichtlich sowie verfassungsrechtlich fundiert ganz verschiedene Positionen vertretbar erscheinen" (Goerlich, 179).

In einem anderen Kontext stellt Koch, 120, fest: "Ausgerechnet Forsthoff blieb es vorbehalten, nach unfänglicher Beteiligung an der nationalsozialistischen Rechtserneuerungsdebatte der bundesrepublikanischen Verfassungsrechtslehre und insbesondere der Verfassungsrechtsprechung eine Auflösung des Verfassungsgesetzes mit Hilfe der geisteswissenschaftlichen werthierarchischen Methode Smends vorzuwerfen".

56) Hesse, Grundzüge, 30; vgl. dazu auch Zäch, 329f

aber, indem sie die zugrundeliegenden Motive offenlegt, Transparenz und damit letztlich ein Stück Rationalität (57).

Damit ist ein wesentliches Element des Vorganges genannt, für den sich die Bezeichnung Konkretisierung von Normen eingebürgert hat.

57) In dem Sinne geht es, wie Rüthers, Institutionelles Rechtsdenken, 60, zu Recht feststellt, um eine Entmythologisierung der Interpretation.

II. Konkretisierung von Grundrechten

Der Titel schon zeigt die Zäsur zur herkömmlichen Interpretation an (1). Interpretation fanden wir dadurch gekennzeichnet, dass der vermeintlich präexistente (objektive oder subjektive) Wille der Norm nachvollzogen wird und der zu regelnde Lebenssachverhalt unter den solchermaßen eruierten Norminhalt subsumiert wird. Konkretisierung hingegen will das, "was als Inhalt der Verfassung noch nicht eindeutig ist, (...) unter Einbeziehung der zu ordnenden Wirklichkeit" bestimmen (2). Entscheidend ist, dass neben "dem normativen Kontext die Besonderheiten des konkreten Lebensverhältnisses, auf die die Norm bezogen ist, in das Verfahren einbezogen werden" (3). Nur so ist gewährleistet, dass die Problemlage, die bewältigt werden soll, nicht verfehlt wird. In "normativ gebundenem 'topischem' Vorgehen müssen leitende Gesichtspunkte gefunden und erwiesen werden, die im Wege der inventio aufgesucht, im Für und Wider des Meinungsmässigen gebraucht werden und die Entscheidung möglichst einleuchtend und überzeugend begründen" (4). In der Argumentationsbedürftigkeit liegt das eigentliche Kriterium rationaler Interpretation (5).

Hesse schlägt im Anschluss an Friedrich Müller (6) vor, die Konkretisierungselemente, die im Normprogramm und im Normbereich der Verfassungsnorm enthalten sind, zu erfassen. Das Normprogramm ist im wesentlichen im Text der Norm enthalten. In diesem Zusammenhang werden die herkömmlichen Auslegungselemente relevant: grammatische, systematische, historische und teleologische Interpretation ermöglichen die Herausarbeitung von Konkretisierungselementen (7); zusätzlich leitende Gesichtspunkte liefern die Vorentscheidung gleichgelagerter Fälle und im Zusammenhang damit die Dogmatik des Verfassungsrechtes (8).

1) In diesem, sich gegen die herkömmliche Methode abgrenzenden Sinne, findet sich der Ausdruck etwa bei Huber, Konkretisierung, 192f und Hesse, Grundzüge, 25ff

2) Hesse, Grundzüge, 25

3) a.a.O., 19

4) a.a.O., 27

5) Esser, Vorverständnis, 129; vgl. auch Zäch, 335

6) Vgl. etwa F. Müller, Normstruktur und Normativität, 1966; ders. Juristische Methodik, Berlin 1976.

7) Hesse, a.a.O., 27; vgl. auch Starck, 63ff, 72 und Roellecke, 38: "Die klassische Methode soll den Kontext eines Gesetzestextes bewusst machen. Das tut sie, indem sie den Kontext auf die Gesichtspunkte zurückschneidet, mit denen der Jurist argumentieren soll."

8) Hesse, Grundzüge, 27

Eine hinreichend genaue Konkretisierung ergibt sich aber erst durch Bezug von Gesichtspunkten des Normbereiches: " Da es den Normen der Verfassung um die zu ordnende Wirklichkeit konkreter Lebenssachverhalte geht, gilt es diese in der vom Normprogramm bestimmten Fragestellung in ihrer sachlichen, oft auch in ihrer rechtlich geformten Gestalt und Eingenart zu erfassen" (9). Nur dies ermöglicht eine sachgerechte Problemlösung. Hier zeigen sich auch Möglichkeiten einer Zusammenarbeit von Rechtswissenschaft und Sozialwissenschaft, indem die sozialwissenschaftliche Forschung die notwendigen Auskünfte über strukturellen Wandel und über Auswirkungen von Entscheidungen auf die Wirklichkeit geben kann (10). Mit dieser Sicht - insoweit muss sogleich präzisiert werden - wird nicht die Wirklichkeit zur Rechtsquelle erhoben (11). Der wirklichkeitsgestaltende, in Pflicht nehmende Charakter des Verfassungsrechtes wird nicht tangiert, er wird vielmehr erhöht, wenn über die zu ordnende Wirklichkeit Klarheit besteht.

Der Einbezug der zu ordnenden Wirklichkeit erweist sich als zentraler Punkt des Konkretisierungsvorganges: Dass die Norm aus ihren realen Umweltbedingungen heraus zu verstehen ist, ist anerkannt (12) und wird praktiziert (13); weithin offen ist allerdings, in welchem Ausmass dies zulässig ist.

- 9) Hesse, Grundzüge, 28, vgl. auch die Beispiele a.a.O. 19; zu der letztlich alles entscheidenden Frage, welche Elemente des 'Lebenssachverhaltes' zu Elementen des Normbereiches werden und damit normative Wirkung entfalten, siehe hinten § 4 IV B 3
- 10) Starck, 64
- 11) Wird die Verfassungswirklichkeit zu weit in den Konkretisierungsvorgang 'hineingenommen', so besteht die Gefahr, "die Rechtswissenschaft zu einer konkreten Situationsjurisprudenz zu degradieren", und "das Recht letzthin zur ausschliesslichen Disposition der jeweils die Wirklichkeit beherrschenden sozialen und politischen Kräfte (zu) stellen" (Leibholz, 280). Ein solcher "soziologischer Positivismus" (Leibholz, a.a.O.) beraubte das Verfassungsrecht seines Sollwertes, seiner Bestimmung, "Kursänderungen oder Korrekturen des Ablaufs der Wirklichkeit zu vollbringen" (Ridder, Soziale Ordnung, 94)
- 12) Vgl. etwa Huber, Konkretisierung, 199, 204; Rupp, 163; Scheuner, Funktion, 511; Friesenhahn, G 2; Saladin, Funktion, 311; J.P. Müller, Soziale Grundrechte, 881; treffend bemerkt Kriele, 197 (in Anlehnung an Engisch), der Blick des Verfassungsrichters wandere bis zur Entscheidung zwischen Lebenssachverhalt und Normhypothese hin und her.
- 13) Vgl. etwa die wirklichkeitsbezogene Konkretisierung des Begriffes 'Landschaft' in BGE 94 I 57f und des Begriffes 'menschliche Gesundheit' in BGE 95 I 199; für die Praxis des Bundesverfassungsgerichtes vgl. die ausführliche Darstellung bei F. Müller, Normstruktur, 114ff

Die besondere Problematik liegt darin, dass die gesellschaftlichen ökonomischen, sozialen und rechtlichen Gegebenheiten, kurz: alles was als Normbereichselement normativ relevant werden kann, geschichtlicher Veränderung unterliegt. Das bedeutet, dass "die Ergebnisse der Normkonkretisierung sich ändern, obwohl der Normtext (und damit im wesentlichen das 'Normprogramm') identisch bleibt" (14). Das führt zu einem ständigen Verfassungswandel; jede Auslegung ist insoweit ein Stück Rechtsfortbildung (15). Dabei wird streitig, wo und wie der sich auf veränderte Umweltbedingungen berufenen Konkretisierung Grenzen gezogen werden sollen. Von der Beantwortung der Frage hängt ab, wer die Verfassung fortbildet: Der Interpret, d.h. praktisch der Verfassungsrichter oder der demokratische Verfassungsgeber.

Hier wird denn auch die Frage der Begrenzung von Konkretisierung praktisch relevant: Wenn über die Grenzen von Auslegung gesprochen wird, so geschieht dies immer mit Blick auf den Verfassungsrichter, der, wenn er die ihm gesetzten Grenzen nicht einhält, das Gleichgewicht der Gewalten empfindlich stören kann. Hier könnte angemerkt werden, dass sich die Frage angesichts abstrakter (Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG) und konkreter (Art. 100 Abs. 1 GG) Normenkontrolle des Bundesverfassungsgerichtes vorab für die BRD stellt. Dem ist entgegenzuhalten, dass dem Bundesgericht - trotz Art. 113 Abs. 3 BV - genügend Raum bleibt, um mit einer Missachtung dieser Grenzen erheblichen Schaden anzurichten. Zu denken ist nur an den ihm unterstellten Bereich kantonaler Gesetzgebung, an die normativ nicht begrenzte Möglichkeit der Anerkennung weiterer ungeschriebener Grundrechte, die auch den Bundesgesetzgeber einschränken können, und, für uns besonders einschlägig, an die Anerkennung weitgehender Leistungsansprüche, die die haushaltpolitische Kompetenz (16) des Gesetzgebers tangieren könnte (17). Die Frage

-
- 14) Hesse, Grundzüge, 19. Das berücksichtigt auch das BGer, wenn es in BGE 97 I 50 angesichts sich wandelnder ethischer Werte und Sozialverhältnisse auf eine Umschreibung des Wesenskerns der persönlichen Freiheit verzichtet.
 - 15) Starck, .70, der auch darauf hinweist, dass es unmöglich ist, eine Grenze zwischen Rechtsfortbildung und Auslegung auszumachen; dazu hinten § 4 IV B 2b - 3
 - 16) Art. 85 Ziff. 10 BV; dazu ausführlich hinten § 7 II C 1.c.aa
 - 17) In Zukunft noch aktueller werden könnte das Problem durch die in Art. 109 VE vorgesehene Erweiterung der Verfassungsgerichtsbarkeit, vgl. zu den Einzelheiten, Haller, Verfassungsgerichtsbarkeit, 503f

der Begrenzung von Konkretisierung fällt zusammen mit derjenigen nach den Grenzen verfassungsrichterlicher Tätigkeit.

Wir haben versucht zu zeigen, dass das Ideal der herkömmlichen juristischen Hermeneutik, nämlich die Deduktion eines als vorgegeben vorgestellten Willens der Norm oder des Normgebers, illusorisch ist, und darauf hingewiesen, dass der als Interpretation bezeichnete Vorgang realistischer als Konkretisierung zu beschreiben wäre.

Normkonkretisierung im hier verstandenen Sinne ist nicht an einem (verfassungs-)wahren, absolut richtigen Ergebnis, das sich nur als Fiktion erweisen könnte, interessiert, sondern strebt ein Resultat an, das unter strenger Beachtung der normativen Gegebenheiten durch Offenlegung der Motive und deren argumentativen Behandlung ein Maximum an Rationalität erreicht.

In diesem Vorgang haben wir - eng zusammenhängend - zwei Elemente eruiert, die geeignet sind, Grundrechtskonkretisierung zu dynamisieren und ihre Grenze unscharf werden zu lassen: So haben sich die problematische, aber zugleich konstitutive Rolle des Vorverständnisses, wie auch die Dynamik einer Umweltbedingungen mitreflektierenden Auslegung - womit die (Vorverständnis-)Frage nach der Zuordnung von Recht und Wirklichkeit angesprochen ist - als ernstzunehmende Variablen des Konkretisierungsvorganges erwiesen.

Den damit bezeichneten Problemen nachzugehen und rationalisierende Gesichtspunkte zu finden, wird für die hier thematisierte Frage von entscheidender Bedeutung sein. Denn davon hängt letztlich ab, ob und in welchem Umfang eine Ableitung justiziabler Leistungsansprüche aus Grundrechten möglich ist.

Wir beschränken uns hier darauf, die Probleme als solche erkannt zu haben; auf sie wird in je anderem Zusammenhang zurückzukommen sein.

§ 4 Mögliche Argumentationsmuster für die Begründung von Leistungs- ansprüchen aus Grundrechten

I. Konstitutive Bedeutung der Grundrechte

Eine neue Deutung von Gehalt und Funktion der Grundrechte wird - anknüpfend an die Ergebnisse von § 2 - berücksichtigen müssen, "dass die Gewährleistung der Freiheit im Sinne eines Abwehrrechtes gegen den Staat nicht geeignet ist, das Problem der Freiheit der Menschen in seinen gesellschaftlich-politischen Beziehungen ausreichend zu lösen" (1) und wird davon auszugehen haben, dass die positive Einlösung der von der Verfassung gemeinten Freiheit nur dann für alle möglich wird, wenn deren Voraussetzungen Gegenstand und Aufgabe gesellschaftspolitischer Gestaltung werden. In diesem Gestaltungsprozess wird - demokratisch legitimierte - staatliche Aktivität eine zentrale Rolle spielen. Wenn dies aber zutrifft, so verliert eine nur ausgrenzende Deutung der Grundrechte ihren Sinn; dann geht es vielmehr darum, die positiven Gehalte der Grundrechte freizulegen und sie staatlichem Handeln als Richtschnur und Leitlinie zugrunde zu legen.

Genau das ist gemeint, wenn von der objektiven Seite der Grundrechte die Rede ist, wenn Grundrechte als "Elemente objektiver Ordnung" (2) verstanden werden.

In dieser Sicht erscheinen die Grundrechte als "elementare Ordnungsprinzipien für das soziale Leben" (3), als "überdachendes Verfassungsrecht" (4), als "Leitgrundsätze" (5). Entsprechend ihrer "fundamentalen Bedeutung für das gesamte öffentliche, politische und ver-

-
- 1) Bäumlin, Demokratisierung und Verfassung, Studie zuhanden der Expertenkommission für die Vorbereitung einer Totalrevision der Bundesverfassung, 213, zit. nach dem Bericht VE 55; vgl. auch ders., Demokratie, 109
 - 2) Hesse, Grundzüge, 124
 - 3) J.P. Müller, Grundrechte, 163
 - 4) Huber, Probleme, 108
 - 5) Scheuner, Die Auslegung verfassungsrechtlicher Leitgrundsätze, 1952; neuerdings zieht Scheuner den Ausdruck "Verfassungsprinzipien" vor, siehe AÖR 95 (1970) 361, Anm. 27

fassungsrechtliche Leben" (6) verpflichten sie alle staatlichen Organe, Gesetzgeber, Verwaltung und Justiz, und auferlegen ihnen "bestimmte Pflichten der Erhaltung und Verwirklichung dieser geschützten Bereiche" (7, 8).

Gerade bei dieser letztgenannten Funktionsbestimmung ist zusammen mit Rupp (9) im Interesse terminologischer Klarheit an der Unterscheidung zwischen objektiver Seite und positivem Gehalt der Grundrechte festzuhalten: Grundrechte verleihen nicht nur subjektive Ansprüche, sondern enthalten auch objektive Verfassungsprinzipien, sie sind "Grundpfeiler des gesamten objektiven Rechtes" (10), wobei Hesse zu Recht darauf hinweist, dass zwischen objektiver und subjektiver Seite der Grundrechte ein Verhältnis der Wechselbeziehung besteht in dem Sinne, dass die objektive Seite "erst Wirklichkeit gewinnen kann, wenn sie durch Aktualisierung der Grundrechte als subjektive Rechte mit Leben erfüllt wird" (11). Davon zu trennen ist die Frage, "ob diejenigen Rechtsnormen der Verfassung, die sich in den Grundrechtsnormen widerspiegeln, bloss negatorische Defensivprinzipien sind oder auch positive Gewährleistungsgarantien darstellen" (12); oftmals werden im Begriff 'objektive Seite der Grundrechte' die Fragen des Gehaltes der Grundrechte (defensiv - positiv) von denjenigen der Realisierung

6) BVerfGE 12, 205ff (259)

7) Scheuner, Staatszielbestimmungen, 327; vgl. auch Abel, 27; Friesenhahn, G 4; J.P. Müller, Grundrechtstheorie, 269; F. Müller, Normstruktur, 178 (m.w.H.); Rupp, 165ff; Schaumann ZBL 71 (1970) 34; Wildhaber, Soziale Grundrechte, 382; Fleiner, Informationsfreiheit, 389

In dem 1978 erschienenen Sonderheft der EuGRZ (5. Jahrgang, 1978, Heft 19 - 22, 427ff), das dem Bestand und Bedeutung der Grundrechte gewidmet ist, kommt zum Ausdruck, dass die objektive Dimension der Grundrechte im europäischen Raum in weitem Ausmasse anerkannt ist, vgl. für die BRD, a.a.O. 431; Irland, a.a.O. 447, Ziff.4; Niederlande, 454; Norwegen, 461; Oesterreich, 470, 493, allerdings mit Vorbehalten; Italien, 494

8) Der Unterschied einer solchen Auffassung der Grundrechte zu einem negatorischen Verständnis sollte nicht verabsolutiert werden: Der negativen Verpflichtung des Staates, etwas nicht zu tun, entspricht auch der Anspruch auf ein bestimmtes Verhalten des Staates, insofern bedeuten auch die Freiheitsrechte, objektive Leitlinien staatlichen Handelns (vor allem auf Unterlassen gewisser Tätigkeiten). Völlig fehlt allerdings die positive, gewährleistende Komponente.

9) Vgl. das Votum Rupps in VVDStRL 30 (1972) 180ff und die Bemerkung zur Terminologie vorne § 1 II A

10) Rupp, a.a.O., 180

11) Hesse, Grundzüge, 125

12) Rupp, a.a.O., 181

des Gehaltes (subjektives oder objektives Recht) (13) nicht klar auseinandergehalten.

Das Verständnis der Grundrechte als objektive Prinzipien der Verfassungsordnung, die alle staatlichen Organe binden, kann auf eine lange Tradition zurückblicken: Wie bereits erwähnt, erklärte die Virginia Bill of Rights von 1776 im Ingress die Menschenrechte "as the basis and foundation of government "; die jakobinische Verfassung von 1793 gewährleistete die Menschenrechte auch "afin que ... le législateur (ait toujours devant les yeux) l'objet de sa mission" (14).

In der schweizerischen Staatsrechtslehre des 20. Jahrhunderts (15) finden sich erst spät Ansätze, die daran bewusst anknüpfen. Zwar bedeuten bei Giacometti die "Freiheitsrechte eine freiheitliche Grundlegung der gesamten staatlichen Rechtsordnung. Bundes- und kantonaler Gesetzgeber haben sich nach den Freiheitsrechten der Bundesverfassung zu orientieren" (16). Giacometti lokalisiert auch das Ethos des freiheitlichen Staates in der "Förderung der Persönlichkeit des Einzelnen in der Staatsgemeinschaft" (17); sein Grundrechtsverständnis bleibt indessen angesichts der axiomatischen Gleichsetzung des Schutzgebotes menschlicher Persönlichkeit mit dem Postulat der grundsätzlichen Abwehr des Staates lediglich ein Ansatz (18). Die objektiven Teilgehalte der negatorisch gedeuteten Freiheitsrechte werden zwar gesehen, positive, auf Gewährleistung gerichtete Gehalte geraten aber – für die liberale Position Giacomettis durchaus folgerichtig – nicht ins Blickfeld.

13) Ähnlich unterscheidet Häberle, Grundrechte, 122, zwischen Grundrecht als subjektivem Recht und Grundrechtsinteresse, letzteres meint faktische Grundrechtsbezüge, die jenseits subjektiver Durchsetzbarkeit liegen, d.h. Interessen, die nur in nichtrichterlichen Verfahren optimal geschützt werden können.

14) Zu den beiden Kodifikationen vorne § 2 I A, Anm. 20ff

15) Zur älteren schweizerischen Staatslehre vgl. die Bemerkung von Bäumlin, Rechtsstaatsgedanke, 88

16) Fleiner/Giacometti, 244, mit Anm. 20 a

17) Ders., Kodifikation der Freiheit, 153

18) So auch Benz, 29; J.P. Müller, Grundrechte, 140

Dieser Zusammenhang kommt in einer Arbeit aus dem Jahre 1954 deutlich zum Ausdruck. Unter der Ueberschrift "Die Freiheitsrechte als objektives Verfassungsrecht" stellt Richner fest: "Die Schweizerische Staatsauffassung ist die Ausprägung einer politisch individualistischen Weltanschauung im Sinne der Anerkennung individueller und politischer Freiheit des Einzelnen. (...) Als positiv-rechtlicher Niederschlag dieser freiheitlichen Staatsidee normieren die Freiheitsrechte ein bestimmtes liberales Wertsystem" (19). Ratio dieses liberalen Wertsystems ist die freiheitliche Ordnung des Verhältnisses zwischen Staat und Individuum - wiederum haben positive Gehalte keinen Platz.

Es ist interessant, neben dieses Zitat aus den 50iger Jahren ein solches aus dem Jahr 1978 zu stellen: "Es ist nun aber eine der auffallendsten Leistungen der neueren Staatsrechtslehre, dass sie wieder nach der Begründung solcher Freiheitsgewährleistung fragte und notwendigerweise auf Wertungsprobleme stiess: Freiheit von staatlichem Zwang ist kein Wert für sich, sondern ist aus dem allein vorgegebenen Wert menschlicher Existenz mit ihren Daseinsbedingungen zu gewinnen, deren Befriedigung elementarste Aufgabe jedes Gemeinwesens ist" (20).

Die Gegenüberstellung legt folgende Schlussfolgerung nahe: Der Unterschied der beiden Positionen liegt m.E. nicht darin begründet, dass die eine wertbezogen argumentiert und die andere nicht; für die liberale Position ist - ausgehend von bestimmten ökonomischen und anthropologischen Prämissen (21) - die 'Freiheit von staatlichem Zwang' durchaus ein Wert an sich; auch für sie gewährleisten Freiheitsrechte ein 'bestimmtes wertbezogenes Ordnungsgefüge' (22). Insoweit kann die sogenannte "Wertung der Freiheitsrechte in Grund-

19) Richner, Umfang und Grenzen der Freiheitsrechte der Beamten nach schweizerischem Recht, Aarau 1954, 56, der sich dabei auf Smend, Verfassung und Verfassungsrecht, 1928, 164 beruft.

20) J.P. Müller, Grundrechtstheorie, 273

21) Vgl. dazu vorne § 2 I B

22) So der Ausdruck bei J.P. Müller, Grundrechte, 163; vgl. zur liberalen Wertordnung etwa die Darstellung von Nef, "Die Wertordnung der Schweizerischen Bundesverfassung, in Festschrift für H. Huber, Bern 1961, 190ff

rechte" (23) nicht nur in der Tatsache einer wertbezogenen Argumentation begründet liegen. Ausschlaggebend für die neue Grundrechts-sicht ist wohl vielmehr die Erkenntnis, dass die Realisierung von 'liberté, égalité et fraternité' eben nicht durch staatliche Abstinenz und dem sich Selbstüberlassen 'autonomer' Kräfte zu erreichen ist, sondern - das macht z.B. das zunehmende sozialpolitische Engagement des Staates deutlich - nur, wenn sie Gegenstand bewusster und zielgerichteter Aktivität des Gemeinwesens wird. Dann aber wird die Frage nach einer Zielbestimmung dieser gemeinsam zu unternehmenden Aufgabe aktuell. Hier bieten sich die Grundrechte als Leitgrundsätze an und eröffnen einer Sicht, die an der Optimierung der in ihnen enthaltenen Werte interessiert ist, die Möglichkeit, ihnen Gestaltungsaufträge zu entnehmen.

Auf die Problematik eines allzu unbedachten Operierens mit Werten, vor allem mit 'objektiven Wertordnungen', ist vorerst noch nicht einzugehen (24). Wir verstehen unter Werten Vorzugsregeln (25) und halten es mit J. Esser insoweit für legitim, von einer Wertordnung als Basis der gemeinsamen Uebereinstimmung in Recht und Verfassung auszugehen, soweit das "Sprechen in Werten als Ausdruck intendierten sozialen Konsenses über das Bevorzugen oder Zurückstellen von typisierten und entscheidungsmässig gegeneinander abgewogenen Interessen" verstanden (26) und nicht vorschnell auf ein normatives Substrat bezogen wird (27).

In dieser Sicht lassen sich Grundrechte treffend als "Konstitutionsprinzipien" (28) des Gemeinwesens bezeichnen. Damit ist gemeint, dass sie nicht mehr nur defensiv auf die Beschränkung staatlicher Macht i.S. einer "individualistischen Ausgrenzung bestimmter Freiheitssphären" bezogen sind, sondern auch positiv auf die Gestaltung des Gemeinwesens gerichtet sind und eine für die ganze Rechtsordnung grundlegende und richtungsweisende Reihe von Mass-

23) Schaumann, 49

24) Dazu hinten § 4 III

25) Dieser Sprachgebrauch hat sich in der soziologischen Wertanalyse eingebürgert, vgl. Podlech, 195; Willke, 44ff

26) Esser, Vorverständnis, 166

27) Goerlich, 179, Anm. 864

28) Herzog, Staatslehre, 366; Saladin, Funktion, 540ff. Nach J.P. Müller enthält 'konstitutiv' in dem Zusammenhang die Aussage, dass "Grundrechte nicht nachträglich vorgegebene Staatsgewalt beschränken, sondern mit ihrer Legitimitätsfunktion diese wesentlich mit konstituieren", Müller, Grundrechtstheorie, 269 Anm. 11

staben (29) festlegen.

Es ist festzuhalten, dass eine solche Sicht an gesicherte Einsichten anknüpfen kann. Die schweizerische staatsrechtliche Doktrin hat immer auch die Freiheitsrechte als funktionale Voraussetzung des Aktivbürgerrechtes gesehen und ihnen damit eine für die demokratische Ordnung konstitutive Bedeutung zugemessen (30). H.P.Matter macht in besonders deutlicher Weise auf die Zusammenhänge von Grundrechtsdeutung und demokratischem Staatsaufbau aufmerksam: "Die Verfassungsrechte sind nicht bloss Abwehrrechte, wiewohl sie diesen Sinn auch haben. Mögen sie in einigen Staaten historisch lediglich als Schranken gegen die absolute Gewalt der Monarchen entstanden sein; in einem demokratischen Rechtsstaat sind sie tiefergreifende, und nicht nur in dieser negativen Weise zu verstehende Grundsätze. Sie wollen hier das staatliche Zusammenleben als Ganzes ordnen, allgemeine Werte setzen, nicht bloss dem Bürger eine staatsfreie Sphäre gewährleisten" (31).

Damit ist freilich über die normative Dichte und die Tragweite solcher massen konstitutiv verstandener Grundrechte noch nichts gesagt, die Probleme beginnen erst dort, wo es darum geht, die Konsequenzen aus diesem Verständnis zu ziehen.

Insbesondere werden die sich hier stellenden Fragen durch ein 'werthaftes' Verständnis nur in sehr geringem Ausmasse präjudiziert. Das wird deutlich z.B. bei einem Vergleich des Grundrechtsverständnisses des österreichischen Verfassungsgerichtshofes mit demjenigen des Bundesverfassungsgerichtes. In österreichischer Sicht sind Grundrechte - wie in der BRD - durchaus auch als 'Wertentscheidungen', der Grundrechtskatalog als 'Wertordnung' zu betrachten (32), doch ändert dies nichts daran, dass in der Praxis des österreichischen Verfassungsgerichtshofes die Bindung der staatlichen Organe - unter Respektierung eines sehr weit gehenden Gestaltungsspielraumes des Gesetzgebers (33) - strikt auf den status negativus beschränkt ist (34), ganz im Gegensatz etwa zur Praxis des Bundesverfassungsgerichtes, das sich unter Berufung auf 'wertentscheidende Grundsatznormen' sehr weitgehende Prüfungs- und auch Gestaltungsbefugnisse zuspricht (35).

29) Scheuner, Pressefreiheit, 37; J.P. Müller, Soziale Grundrechte, 744

30) Bäumlin, Demokratie, 103; zur BGR Praxis Saladin, Grundrechte, 287ff; Vgl. auch Barrelet, liberté d'information, 108f, m.w.H.

31) Matter, 45; vgl. auch vorne § 2 II A. 1. b.bb

32) EuGRZ 5 (1978), 470

33) A.a.O., 471

34) A.a.O., 493

35) Eine Aufstellung von unter diesem und anderen methodologischen Gesichtspunkten problematischen Urteilen des BVerfGer (mit Hinweisen auf Urteilsanmerkungen) findet sich bei Dreier/Schwegmann, 339

Grundrechte als Konstitutionsprinzipien können einmal program-
matisch als "zukunftsgerichteter Entwurf" (R. Bäumlin) verstanden
werden, der allerdings für die Entwicklung offen sein muss und da-
rauf angewiesen ist, "vom Gesetzgeber aufgenommen und, je nach den
Problemlagen und Möglichkeiten der jeweiligen Zeit verwirklicht
(zu) werden" (36). In dieser Sicht ist die normative Dichte der
Konstitutionsprinzipien relativ gering (37). Die Gegenposition mar-
kiert die Ansicht, die den Grundrechten verbindliche Verfassungs-
direktiven (38) entnimmt, und bei Unterlassen oder Schlechterfüllung
der Aufträge stets die Verfassungsbeschwerde geben will (39).
Ebenfalls ungeklärt ist, wo die positiven Gehalte konstitutiver Grund-
rechte, die die normative Basis leistungsfordernder Vorstösse bilden,
einzunordnen sind. Es fehlen weitgehend die Kriterien, die eine Ent-
scheidung zulassen, in welchen Fällen eine objektivrechtliche Rea-
lisierung angemessen erscheint, und wann die positiven Gehalte im In-
teresse erhöhter Effektivität der Grundrechte mit "prozessualen
Zähnen" (40) versehen, d.h. zu einem subjektiven Recht auf staat-
liche Leistung ausgestaltet werden können.
Sowohl bei einer Ansicht, die aus Grundrechten so und nicht anders
einlösbare Verfassungsaufträge ableitet, wie auch bei einer sol-
chen, die aus Grundrechten abgeleitete Förderungsmassnahmen subjek-
tiv-rechtlich gewährleisten will, sind die Implikationen auf die
Gestaltungsfreiheit des demokratischen Gesetzgebers offensichtlich.
Da Art, Inhalt und Umfang der notwendigen Förderungsmassnahmen nicht

36) Bäumlin, Demokratie, 109

37) Bei Bäumlin, Demokratie, 41, findet sich als Beispiel für die
Anwendung programmatischer Sätze die Finanzplanung des Bundes:
Die Einordnung einzelner Aufgaben in die Skala der Dringlich-
keiten habe mit Rücksicht auf die 'obersten Staatsziele' zu ge-
schehen.

38) Etwa in der Form, dass in Grundrechten "lückenlose Gestaltungs-
aufträge an den Gesetzgeber" gesehen werden, so Saladin, Funk-
tion, 549; ders., Entwicklungshilfe, 126

39) So Lerche, Verfassungsdirektiven, 350ff; für die Schweiz wäre
dies schon aufgrund der geltenden Rechtslage nicht möglich,
dazu J.P. Müller, Soziale Grundrechte, 910 und neuerdings Ur-
teil des BGer v. 22. Febr. 1978 in Sachen B.c. Kanton Solothurn,
BGE 104 Ia 284ff (= EuGRZ 6 (1979) 6ff), mit Verweis auf BGE 55 I
365

40) Willke, 26

bereits normativ festgelegt sind, müssen sie im Wege politischer Deziision entschieden werden (41). Dazu ist nach geltendem Verfassungsrecht der Gesetzgeber berufen, nicht der Richter. Der verfassungsrechtlich gewährleistete freie politische Prozess wird entscheidend eingeschränkt und verkürzt durch eine Ansicht, die in Grundrechten eine Vielzahl so und nicht anders einlösbarer Verpflichtungen sieht, über deren konkreten Gehalt zudem der politisch nicht verantwortliche Richter zu entscheiden hat(42).

Die Ableitung von Leistungsansprüchen aus Grundrechten erweist sich damit nicht nur als Interpretationsproblem, sondern wesentlich auch als Kompetenzfrage (43). Freilich geht es hier nicht um ein entweder - oder. Gerade die bundesgerichtliche Rechtsprechung (44) macht deutlich, dass sich hier ein weites Spektrum von Möglichkeiten eröffnet. Verschiedene Ansichten über Regelungsdichte und Verbindlichkeit, unterschiedliche Einschätzungen der Möglichkeit einer organisierten richterlichen Sanktion sind vorstellbar und mit guten Gründen vertretbar.

Bevor darauf im einzelnen eingegangen werden kann, sind angesichts des angedeuteten Zusammenhanges mit Demokratie- und Gewaltenteilungsprinzip die letztlich entscheidenden Fragen des verfassungsrechtlichen Vorverständnisses zu klären (§ 4 II); dann sind mögliche Argumentationsfiguren, nach denen aus Grundrechten abgeleitete Leistung individualrechtlich durchsetzbar scheint, unter rechtstaatlich - funktionellrechtlichen Gesichtspunkten zu problematisieren (§ 4 III - IV); schliesslich sind im 3. Kapitel die Möglichkeiten justiziabler Leistungsforderung in einer grundrechts- und leistungsbereichspezifischen Analyse abzuklären.

41) Friauf, 677; vgl. auch Podlech, Gleichheitssatz, 202ff

42) Hesse, Grundzüge, 124

43) Friauf, 677

44) Dazu vor allem hinten Kap. 3

II. Exkurs: Klärung verfassungsrechtlicher Vorfragen

Die Unterschiede der Auffassungen über Weiterbildung der Verfassung, über Tragweite der Grundrechte und Charakter ihrer positiven Ausstrahlung hängen weitgehend von unterschiedlichen Verfassungs(vor)verständnissen ab (1).

Es ist deshalb angezeigt, in kurzen Zügen die Prämissen offenzulegen, von denen in dieser Arbeit ausgegangen wird (2).

Einigkeit scheint zunächst darin zu bestehen, dass die Verfassung Kompromisscharakter hat (3). Chlosta vergleicht sie zu Recht mit einem partiellen Waffenstillstandsabkommen, "in dem die sich widerstreitenden politischen Kräfte in einigen grundsätzlichen Fragen Zugeständnisse machen, um sich auf die Regeln eines friedlichen (4), aber in anderen Grundsatzfragen weiterhin kontroversen Kampfes einigen zu können" (5).

Die Verfassung ist auf pluralistische Verhältnisse angelegt, ihr liegt nicht die Vorstellung vom Volk als einer substanziellen Einheit zugrunde, das Volk erscheint vielmehr als "Inbegriff sich streitender Parteien" (6). Insoweit bedeutet Verfassung zunächst eine Rahmenregelung, die einen freien politischen Prozess gewährleistet und verbürgt damit, dass "durch planmässiges, bewusstes, d.h. aber organisiertes Zusammenwirken" politische Einheit immer wieder neu entstehen kann (7). Insbesondere die politischen und ideellen Grundrechte bezeichnen Teilhabennormen für den unabgeschlossenen Prozess demokratischer Konstituierung des Gemeinwesens (8).

1) Häfelin, 77 und vorne § 3 I Anm. 36ff

2) Damit wird dem in § 3 I vertretenen Postulat der Offenlegung des Vorverständnisses zu entsprechen versucht.

3) Scheuner, Pressefreiheit, 52; Chlosta, 75; Perels, 375ff

4) den physischen 'bellum omnium contra omnes' ausschaltend (Abendroth, in Abendroth u.a., Der Kampf um das Grundgesetz, Frankfurt/M 1977, 242)

5) Chlosta 75, ähnlich auch Esser, Einführung in die Grundbegriffe des Rechts und des Staates, Wien 1969, 2

6) Radbruch, 99

7) Hesse, Grundzüge 9; vgl. auch Heller, 228ff, 269 und J.P. Müller, Soziale Grundrechte, 715

8) Perels, 387

In der überkommenen Terminologie bezeichnen diese Garantien prozessualer Art die formale, instrumentelle Seite der Verfassung, der die materialen Verfassungsgehalte gegenübergestellt werden. Damit ist in einer sehr allgemeinen Umschreibung gemeint, dass "sowohl die Leitprinzipien, nach denen politische Einheit sich bilden und staatliche Aufgaben wahrgenommen werden sollen, als auch die Grundzüge aufgegebener rechtlicher Gesamtordnung verbindlich festgelegt werden". Indem diese "Grundlagen dem ständigen Kampf der Gruppen und Richtungen entrückt (werden), soll ein fester Bestand dessen geschaffen werden, was nicht mehr in Frage gestellt und zu stellen ist und was daher nicht neuer Verständigung und Entscheidung bedarf. Die Verfassung sucht einen festen Bestand dessen zu schaffen, was als entschieden anzusehen ist, stabilisierend und entlastend zu wirken" (9).

Diese Umschreibung macht deutlich, dass es wenig sinnvoll ist, an einer strikten, schematisierenden Trennung von formalen und materialen Gehalten der Verfassung festzuhalten: Die Entscheidung für formale, den demokratischen Willensbildungsprozess gewährleistende Garantien bedeutet eine der wesentlichsten materialen Verfassungsentscheidungen überhaupt (10); J.P. Müller hat in anderem Zusammenhang gezeigt, dass es in der Konsequenz des Sozialstaates liegt, dass sich Gehalte der formalen Verfassung mit denjenigen materialen Charakters verbinden (11).

9) Hesse, Grundzüge, 13; die Bedeutung materialer Gehalte verschärft sich dort, wo materiale Prinzipien sogar als der Verfassungsänderung entzogen bezeichnet werden. Darauf kann hier nicht eingegangen werden. Literaturhinweise zu diesem Problem finden sich bei J.P. Müller, Soziale Grundrechte, 719 und R. Weber, Eigentum als Rechtsinstitut - Beurteilungsstand und Entwicklungstendenzen, ZSR 97 I (1978) 189ff

10) Die Trennung wurde auch von Häfelin, in Frage gestellt: Das "formale Element des Rechtsstaatsgedankens lässt sich von seinem materialen Element nicht trennen. Die normative Konstituierung der Staatsorganisation und die Beschränkung staatlicher Macht können im Rechtsstaat nicht als material neutrale Entscheidungen aufgefasst werden" (S. 84).

11) J.P. Müller, Soziale Grundrechte, 721 mit Anm. 35, vgl. auch a.a.O., 744

Sinnvoller scheint es zu sein, die Verfassung des demokratischen Staates als "Grundordnung und Aktionsprogramm" zu umschreiben (12), mit der sich die Gesellschaft zur "sozio-ökonomischen und politischen Einheit" konstituiert (13) und die darauf angelegt ist, die gesellschaftliche Wirklichkeit nach einem bestimmten Plan zu ordnen (14).

In dieser Sicht erscheinen instrumentale und materiale Verfassungsteile einander nicht mehr gegenübergestellt, sondern vielmehr in einem Zuordnungsverhältnis, was sich insbesondere auch auf das Verständnis der Grundrechte auswirkt: "Sie haben zugleich prozessualen (instrumentalen) Charakter als Garantien eines freien politischen Prozesses und einen materialen (finalen), indem sie gerade auch in ihrer individualrechtlichen Komponente mit dem Ziel einer gleichen Chance freier Persönlichkeitsentfaltung für alle Richtpunkte rechtlicher Gestaltung und politischen Handelns setzen" (15).

Die Verfassung ist damit keine Veranstaltung zum Schutz gegebener Verhältnisse, sondern richtungsweisender, in Pflicht nehmender Entwurf für gesellschaftspolitisches Handeln (16); sie charakterisiert sich durch ihre dynamische Struktur, ihre Offenheit und Unabgeschlossenheit (17).

Diese Offenheit ist das Essentielle der Verfassung. Sie ist einmal notwendig bedingt durch die Dynamik der gesellschaftlichen Entwicklung selbst (18), wird aber auch vom Prinzip freier und offener demokratischer Gestaltung gefordert.

Gerade dieses Prinzip verbietet es, politisch offene Entscheidungen durch ein material überladenes Verfassungsverständnis vorwegzunehmen und in einer Art "Verfassungstotalitarismus durch die versuchte Vorab-Festlegung der geistigen und politischen Willens-

12) Bäumlin, Demokratie, 81; siehe auch Hesse, Grundzüge, 11f

13) Bäumlin, a.a.O.

14) Heller, 272

15) J.P. Müller, Soziale Grundrechte, 744

16) Dabei kommt es freilich entscheidend auf den aktuellen Willen der am Verfassungsleben Beteiligten, die Inhalte der Verfassung zu realisieren, an; so zu Recht Hesse, Grundzüge, 18

17) Bäumlin, Demokratie, 15, 81

18) Hesse, Grundzüge, 12

bildung" (19) jenen Bereich offener Gestaltung immer mehr einzuengen (20).

K. Hesse hat für die BRD festgestellt: "Wenn eine Verfassung wie das GG (...) in Formeln wie der des 'sozialen Rechtsstaates' schlechthin als verbindlicher Auftrag zur Verwirklichung eines bestimmten Programms gedeutet wird, dann kann es keinen freien und offenen politischen Prozess mehr geben, wird Politik auf Verfassungsvollzug oder dessen pflicht- oder verfassungswidrige Unterlassung reduziert und wird in letzter Konsequenz freiheitliche Demokratie in ihr Gegenteil verkehrt" (21).

Daraus ergibt sich für den hier vor allem interessierenden Bereich der Verfassungsauslegung, die Grundrechtsdeutung, zunächst einmal die allgemeine Forderung, von der Verfassung über ihre legitime Normativität hinaus nicht mehr abzuverlangen, als drin ist (22); Grundrechte positivieren keine "Superkodifikation" (23), sind kein "unerschöpflicher Quell von sehr detaillierten Inhalten", die nur ans Tageslicht zu heben sind (24).

Für die Schweiz freilich ist die Gefahr einer materialen Ueberfrachtung der Verfassung geringer zu veranschlagen als etwa für das GG.

J.P. Müller weist darauf hin, dass die Bundesverfassung weniger darauf angelegt ist, materiale Grundordnung zu sein, und führt als Gründe die Lückenhaftigkeit des Freiheitsrechtskataloges, die systemlose Aufzählung der Bundeskompetenzen, das Fehlen einer Verfassungsgerichtsbarkeit gegenüber Bundesgesetzen und das Nebenei-

19) Böckenförde in 'Der Staat' Bd. 9 (1970) 153

20) Oft mit politisch durchsichtiger Zielsetzung, so etwa beim mehrheitlich abgelehnten Versuch (dazu Scheuner, Staatszielbestimmungen, 327, mit Anm. 7), die soziale Marktwirtschaft als durch das GG gefordert zu behaupten, so etwa Nipperdey, Soziale Marktwirtschaft und Grundgesetz, 3.A 1965; zur interpretativen Ueberspannung der HGF siehe die Bemerkung von J.P. Müller, Soziale Grundrechte, 728

21) Hesse, in AöR 96 (1971), 139

22) J.P. Müller, Soziale Grundrechte, 727

23) Scheuner, Pressefreiheit, 38

24) Lerche, zit. bei J.P. Müller, Soziale Grundrechte, 727. Auch Häfelin, 80/81 betont, dass Verfassungsrechtslehre und -praxis darauf zu achten haben, sich nicht an die Stelle des Verfassungsgebers zu setzen.

ander von fundamentalen Normen und zweitrangigen polizeilichen Verboten (Absinthverbot!) an; zudem bringt die Verfassungsinitiative ein dynamisches Element in die Verfassung (26).

Darüber hinaus fällt die in Art. 71 BV und Art. 113 Abs. 3 bzw. Art. 114 bis Abs. 3 BV zum Ausdruck kommende Suprematie des demokratischen Gesetzgebers ins Gewicht (27), die einen konkreten verfassungsrechtlichen Anhaltspunkt dafür darstellt, dass nach schweizerischer Rechtslage interpretatorischen Folgerungen aus einem materialen Verfassungsverständnis enge Grenzen gesetzt sind.

Art. 71 BV bezeichnet als "oberste Gewalt" im Bunde die Bundesversammlung; das ist ein klarer Hinweis darauf, dass für die Schweiz eine Verlagerung der Entscheidungsprozesse von den Legislativen zu verfassungsrichterlichen Instanzen unter Dynamisierung materialer Gehalte der Verfassung normativ nicht gedeckt ist (28).

Gegenüber dem kantonalen Gesetzgeber, obwohl hier mit konkreter und abstrakter Normprüfungsbefugnis ausgestattet (29), auferlegt sich das Bundesgericht aus ähnlichen Gründen Zurückhaltung. Die kantonalen Gesetze unterliegen, je nach Kantonsverfassung, teils dem obligatorischen, teils dem fakultativen Referendum, damit nimmt "in der allgemeinen Rechtsüberzeugung (...) jede einzelne Gesetzesbestimmung an der gesamthaften Zustimmung des Volkes teil (30)."

26) Vgl. Art. 118 BV: "Die Bundesverfassung kann jederzeit ganz oder teilweise revidiert werden".

27) Campiche, 10; Haller, Verfassungsgerichtsbarkeit, 508 f; eingehend Bäumlin, Demokratie, 95

Dabei darf nicht verkannt werden, dass das Parlament faktisch gegenüber der Exekutive und ausserparlamentarischen Repräsentationsebenen eine Rolle einnimmt, die nicht mehr der Zielvorstellung "oberste Gewalt" entspricht. Hier haben Reformen anzusetzen, die eine tatsächliche primäre Position und Rolle der Legislative im Entscheidungsprozess des Bundes sicherstellen.

Vgl. hierzu ausführlich L. Neidhart, Reform des Bundesstaates, Bern 1970, 127ff und passim; Bäumlin, Demokratie, 95ff

28) Vgl. auch die Bemerkung von O.K. Kaufmann, Bestand und Bedeutung der Grundrechte in der Schweiz, EuGRZ 5 (1978) 475ff (479)

29) Art. 84 Ziff. 1 OG; vgl. auch Kaufmann, Etoilauto, 141 und zu den Begriffen abstrakte und konkrete Normenkontrolle, Campiche, 79f

30) Kaufmann, Bestand und Bedeutung, 479

Nach O.K. Kaufmann ergibt sich daraus "eine etwas andere Einstellung des Bundesgerichtes als Staatsgerichtshof zum Gesetzgeber, als möglicherweise in anderen Staaten, wo das Parlament allein Gesetzgeber ist" (31).

Dies findet sich in einem jüngsten Entscheid deutlich ausgesprochen (32): Wertungen, die das Wesentliche vom weniger Wesentlichen zu unterscheiden haben und unter Ausgleich sich widersprechender Interessen, "zu einer Auswahl führen müssen, obliegen" – so fand das Bundesgericht – "dem Parlament und dem Volk. Bei dieser Aufgabe hat ihnen der Verfassungsrichter – auch dort wo er nicht durch Art. 113 BV in seiner Ueberprüfungsbefugnis beschränkt ist – gerade im Hinblick auf das Gewaltenteilungsprinzip und die demokratische Staatsauffassung einen breiten Gestaltungsspielraum zu belassen" (33).

Die direktdemokratischen Institutionen und die in der Verfassung angelegte Suprematie des Gesetzgebers sind für ein schweizerisches Verfassungsverständnis von fundamentaler Bedeutung, durch sie insbesondere bestimmt sich das spezifische Gepräge helvetischer Gewaltengewichtung (34); an ihnen letztlich hat sich ein materiales Verfassungs- und Grundrechtsverständnis zu messen (35), sie ins-

31) Kaufmann, a.a.O.; ebenso BGE 98 Ia 416 m.w.H.

32) In BGE 103 Ia 381f: Das Gericht hatte die verfassungsrechtlichen Anforderungen, die an eine Delegationsnorm zu stellen sind, festzulegen. Es hielt fest, dass es sich um eine Wertungsfrage handle und legte – gegenüber dem Gesetzgeber – seine Rolle in diesem Wertentscheidungsprozess fest. Das BGer formulierte in so allgemeiner Weise, dass in dem Zitat eine über den Einzelfall hinausgehende Positionsbestimmung im Gewaltengefüge erblickt werden kann.

33) Dem entspricht auch, dass das BGer in der abstrakten Normenkontrolle "die angefochtene kantonale Vorschrift nur auf (hebt), wenn sie sich jeder verfassungskonformen Auslegung entzieht, nicht jedoch, wenn sie einer solchen in vertretbarer Weise zugänglich ist" (BGE 102 Ia 109, m.w.H.).

34) Demokratie und Gewaltenteilung sind nach schweizerischer Auffassung untrennbar miteinander verbunden: "Die Grundsätze der Gesetzmässigkeit und der Gewaltenteilung bezwecken einerseits, den Bürger vor der Willkür eines staatlichen Organs, das zugleich zur Rechtsetzung und Rechtsanwendung befugt wäre, zu schützen, andererseits die demokratische Staatsordnung, d.h. die politischen Mitbestimmungsrechte der Bürger zu garantieren" (BGE 103 Ia 383).

35) Diese Auffassung unterscheidet sich grundlegend von einer Ansicht, die beunruhigt über eine "zunehmende Demokratisierung des Lebens im Staat" im Sinne eines "Ausgleichs" fordert, Grundrechte "nicht ausschliesslich und nicht einmal primär in politischer, als vielmehr in ethischer Sicht (als) grundlegend" zu verstehen; so Saladin, Grundrechte, 334

besondere verleihen dem gerade bei der Ableitung justiziabler Leistungsansprüche aus Grundrechten entscheidend wichtigen Massstab funktionellrechtlicher Richtigkeit inhaltliche Konturen (36).

Dabei entgeht gerade einem Verständnis, dass direktdemokratische Institutionen, wie überhaupt generell Formen demokratischer Partizipation, wegen ihrer Legitimitätserzeugenden Funktion als oberste Verfassungsprinzipien einstuft nicht, dass über die positivrechtlich verankerten Garantien hinaus immer auch die tatsächliche Demokratie und ihre institutionelle Sicherung im Auge behalten werden muss. Hier bleibt, gerade was die strukturelle Sicherung demokratischer Teilhabe anbelangt, noch viel zu tun (37). Demokratisierung bleibt immer auch eine kontinuierlich zu erfüllende Aufgabe (38).

In dieser Sicht werden für die Grundrechtskonkretisierung und insbesondere für Versuche, aus Grundrechten Leistungsansprüche abzuleiten, folgende leitende Gesichtspunkte wichtig:

Bei jedem Akt der Normkonkretisierung sind die funktionellrechtlich gesetzten Grenzen zu beachten. Leitgedanke ist, dass bei der Interpretation von Grundrechten die "Tarierung der Gewalten" (39) nicht dadurch verschoben wird, dass der Richter in Verfassungsbestimmungen Inhalte hineinlegt, deren Statuierung demokratischer Entscheidung vorbehalten bleiben muss.

Diese Grenzziehung wird in letzter Zeit gerade angesichts einer verwirrenden Vielfalt verschiedener Grundrechtskonzeptionen im Interesse zusätzlicher Rationalitätsgewähr als letzte Auffanglinie empfohlen (40). Das Prinzip funktionellrechtlicher Richtig-

- 36) Hier kommt deutlich zum Ausdruck, worauf insbesondere Häfelin, 79/80 hingewiesen hat, dass schwierige verfassungsrechtliche Fragen nicht in allgemeiner Weise, sondern nur vor dem Hintergrund einer konkreten Verfassung mit ihren spezifischen Besonderheiten diskutiert werden können (in diesem Sinne auch Martens, Öffentlich als Rechtsbegriff, 60f)
- 37) Zu den 'Problemen heutiger demokratischer Ordnung' Hesse, Grundzüge, 67f
- 38) Darauf kann hier nicht näher eingegangen werden. Vgl. aber für die diesbezügliche Analyse der schweizerischen Verhältnisse mit den entsprechenden Therapievor schlägen die ausgezeichnete Studie von R. Bäumlin, Lebendige oder gebändigte Demokratie, Basel 1978
- 39) Friesenhahn, G 3
- 40) So ausdrücklich Dreier, 43; vgl. auch zur Notwendigkeit funktionellrechtlicher Begrenzung der Konkretisierung Ehmke, 73; Hesse, Grundzüge, 29, 32, 227ff; Häberle, Zeit und Verfassung, 123; Starck, 64ff, 76ff; Roellecke, Leitsatz 21, 42; Müller, Juristische Methodik, 168f Schneider, Gesetzmässigkeit, 446ff

keit enthält das Postulat, dass das auslegende Organ sich im Rahmen der ihm zugewiesenen Aufgaben zu halten habe und - das gilt insbesondere für das Verfassungsgericht, das nur kontrollierende Funktion hat - die Gestaltungsfreiheit des demokratisch legitimierten Gesetzgebers weder unzulässig einschränken, noch zu eigener Gestaltung schreiten dürfe (41, 42). Allzuviel darf allerdings auch von diesem Prinzip, gerade in seiner allgemeinen Formulierung (43), nicht erwartet werden. Wesentliches hängt nämlich von der (Vorverständnis-) Frage ab, wie eng die funktionellrechtlichen Grenzen gezogen werden: Wer von einem 'radikal-demokratischen' Standpunkt (44) aus die Rechtsprechung allein durch das rechtsstaatlich-demokratische Gesetz legitimiert sieht und daraus folgert, dass der Richter zwar das Gesetz auf seine formelle Verfassungsmässigkeit hin überprüfen dürfe, da davon gleichzeitig seine Legitimität abhängt (45), bei der materiellen Ueberprüfung hingegen grösste Zurückhaltung postuliert (46), wird in Einzelfragen zu anderen Ergebnissen gelangen als derjenige, der in der verfassungsrichterlichen Prüfung ein

-
- 41) Hesse, Grundzüge, 29; differenziert muss dann werden, wenn der Gesetzgeber entgegen einem klaren Verfassungsauftrag (wie etwa im Falle des Art. 46 Abs. 2 BV) untätig bleibt und dem Richter die nötigen materiellen Massstäbe vorenthält. Hier handelt es sich nicht um unzulässige Rechtsfortbildung, sondern um gesetzesvertretendes Richterrecht, für dessen Vorhandensein allein der untätige Gesetzgeber verantwortlich ist (vgl. Starck, 87). M.E. geht Roellecke, der in einer Verabsolutierung des Satzes: "Ohne oder gegen das Gesetz ist der Richter im Unrecht" (27) in solchen Fällen Richterrecht als nicht genügend legitimiert ablehnt, zu weit (vgl. etwa 113)
 - 42) Dem Bundesgericht ist zu attestieren, dass es diese Grenzen eingehalten hat. (Vgl. etwa die Hinweise bei Haller, Verfassungsgerichtsbarkeit, 517 und die eindrückliche Schilderung von O.K. Kaufmann, Etoilauto, 139ff.) Die besondere Leistung liegt darin, dass das Gericht 'instinktiv' (Saladin, Grundrechte, 380) sich diese Grenzen gesetzt hat, worauf angesichts fehlender und letztlich auch unmöglicher, ins einzelne gehender normativer Regelung, alles ankommt. K. Hesse, Grundzüge, 228, sieht im gegenseitigen Respektieren die einzige Gewährleistung verfassungsrechtlicher Zuordnung.
 - 43) Letztlich wird es entscheidend auf die Einzelfallkonstellation ankommen, erst der konkrete Fall vermag die Gesichtspunkte zu liefern, die ein Urteil über die funktionellrechtliche Zulässigkeit eines Urteiles zulassen.
 - 44) So die Qualifizierung von Roelleckes Standpunkt durch Steiger, VVDStRL 34 (1975) 115 (Aussprache).
 - 45) Roellecke, 35
 - 46) Ders., 37

"aristokratisches Element" sieht, das gegen "die zunehmende Demokratisierung des staatlichen und gesellschaftlichen Lebens" gesetzt ist (47).

Wesentlich bleibt, die normativen Anhaltspunkte, die die Verfassung selbst positiviert, immer im Auge zu behalten.

Abzulehnen ist - wie bereits erwähnt - die Neigung, die Grundrechte als eine über alle Rechtsmaterien sich erhebende "Superkodifikation" zu betrachten und aus ihnen "Verfassungsaufträge zu entnehmen in der Hoffnung, sie seien juristisch ein Ersatz für das, was eigentlich der politische Prozess ergeben sollte" (48). Auf die Grenzen die einer diesbezüglichen 'Sinnentfaltung' durch die spezifische Ausgestaltung des schweizerischen Willensbildungsprozesses gesetzt sind, hat überzeugend R.A. Rhinow hingewiesen (49).

Das schliesst nicht aus, Grundrechte nicht nur negativ, sondern auch positiv zu verstehen, sofern dadurch nicht die Gestaltungsfreiheit der Legislative tangiert wird. Abzulehnen ist jedoch eine Deutung, die behauptet, Grundrechte gäben die Ziele staatlicher und gesellschaftlicher Willensbildung normativ vor. Zudem ist daran zu erinnern, dass die Verfassung, anders als die grossen Kodifikationen des privaten Rechtes, keine abschliessende Ordnung eines bestimmten Lebensbereiches intendiert, die für jedes denkbare Problem eine Lösung parat haben muss. Der Verfassungsinterpret kann sehr wohl zu dem Ergebnis kommen, die Verfassung enthalte zu einer bestimmten Frage keine Aussage (50).

Als absolute Grenze von Verfassungskonkretisierung ist der Wort-

47) So Saladin, Grundrechte, 332f; wo Saladin diese Ansicht angesichts eines Art. 71 BV normativ abstützen will, bleibt allerdings rätselhaft. Der Hinweis auf das deutsche Bundesverfassungsgericht, das Saladin (a.a.O.), als "echten Machtfaktor" als "Krönung" des modernen deutschen Rechtsstaates lobt, "welcher dem Gesetzgeber kraftvoll entgegenzutreten vermag", hilft jedenfalls für das schweizerische Verfassungsrecht nicht weiter.

48) Häberle, Grundrechte, 110

49) In ZSR 92 II (1973) 1099ff; erwähnt vorne bei § 1 I B Anm.22f

50) Däubler, 45f

laut zu betrachten (51).

Verfassungsinterpretation wird zur Verfassungsänderung, wenn sie zu Lösungen gelangt, die jenseits eines sinnvollen Verständnisses des Textes liegen oder gar in Widerspruch zu ihm stehen (52).

Die Verfassung als konstitutive Grundordnung des Gemeinwesens ver- trägt ein Abgehen vom Wortlaut nicht. Ihre konstitutive Bedeutung stützt sich wesentlich auf die demokratische Erzeugung der nor- mierten Inhalte; diese Legitimität geht beim Abweichen vom er- sichtlichen Inhalt verloren. Auch wenn ein Problem sich nicht an- gemessen lösen lässt, bleibt die Normbindung bestehen (53).

-
- 51) Im Vorgriff auf Gesichtspunkte, auf die im einzelnen weiter hinten zurückzukommen ist (vgl. dazu § 4 IV B 3 Anm. 222ff) ist bereits hier festzuhalten, dass diese Grenze nicht bei den Ergebnissen liegt, wie sie sich aus der grammatischen Konkretisierung der Norm ergeben. Die Grenzen des Wortlautes liegen dort, wo ein Ergebnis mit den noch möglichen Verständ- nisvarianten (die sich auf grammatische, historische, syste- matische oder - allerdings nicht vorbehaltlos - teleologische (vgl. zur Kritik dieses Methodenelementes im hier anvisierten Zusammenhang F. Müller, Juristische Methodik, 161 und Hesse, Grundzüge, 27) Auslegung stützen können) nicht mehr in Ein- klang zu bringen ist.
- 52) Hesse, Grundzüge, 30; dazu ausführlich auch F. Müller, Thesen 268, No. 6 und hinten § 5 IV B 3 Anm. 224ff, das schliesst ungeschriebenes Verfassungsrecht nicht aus, es darf jedoch nicht in Widerspruch zu positiv Normiertem treten (Hesse, a.a.O.)
- 53) Hesse, Grundzüge, 31; a.M. Ehmke, Prinzipien, 60; problema- tisch auch Häberle, Zeit und Verfassung, 121ff

III. Grundrechte als objektive Wertordnung ?

Von diesen Ergebnissen her ist kurz auf eine Auffassung einzugehen, die Grundrechte als objektive Wertordnung begreift. Die Wertinterpretation der Grundrechte ist insbesondere beim deutschen Bundesverfassungsgericht ständige façon de parler (1).

Zweierlei rechtfertigt eine Beschäftigung mit dem Verständnis der Grundrechte als objektive Wertordnung: Einmal erfolgt damit eine - wenn vorerst auch nur negative - Konkretisierung der Bedeutung der Grundrechte als Konstitutionsprinzipien (2); zudem handelt es sich um eine Argumentationsfigur, die zur Begründung subjektiver Leistungsrechte verwendet werden könnte (3); sie ist insoweit für

- 1) Böckenförde, Grundrechtstheorie, 234; weitere Nachweise bei Hesse, Grundzüge, 4, 127f; eine eingehende Darstellung der Rechtsprechung findet sich bei Goerlich, 30-123
Für ein Verständnis der Grundrechte als objektive Wertordnung haben sich etwa ausgesprochen: Dürig in Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, GG Rn 5ff zu Art. 1 Abs. 1 GG; Häberle, Wesensgehalt - garantie, 4ff; Willke, 26ff
- 2) Vgl. dazu vorne § 5 I
- 3) Friauf, 674ff, weist darauf hin, dass die Umdeutung der Abwehrrechte in positive Leistungsverpflichtungen des Staates letztlich ihren Ausgangspunkt finde in einem Verständnis der Grundrechte als "wertentscheidende Grundsatznormen höchsten Ranges, die eine Wertmassstäbe setzende Kraft für jegliche Art von Staatstätigkeit entfalten"; ähnlich Abelein, 14. In der Tat ist es von der Konzeption der Grundrechte als oberste Werte bis zur Forderung nach ihrer Verwirklichung nur ein kleiner Weg. Der Zusammenhang kommt auch deutlich im nc-Urteil des BVerfGer (BVerfGE 33, 303 (330)) zum Ausdruck, wo es festhält, dass "Grundrechte als objektive Normen eine Wertordnung statuieren, die als verfassungsrechtliche Grundsatzentscheidung für alle Bereiche des Rechtes Geltung beansprucht, und dass daher die Grundrechte nicht nur Abwehrrechte gegen den Staat sind. Je stärker der moderne Staat sich der sozialen Sicherung und kulturellen Förderung der Bürger zuwendet, desto mehr tritt im Verhältnis zwischen Bürger und Staat neben das ursprüngliche Postulat grundrechtlicher Freiheit vor dem Staat, die komplementäre Forderung nach grundrechtlicher Verbürgung der Teilhabe an staatlichen Leistungen".
Das Zitat macht immerhin auch deutlich, dass mitentscheidend für die neue Grundrechtskonzeption wesentlich auch neue soziale Gegebenheiten sind. Das Wertverständnis der Grundrechte stellt damit nur einen methodischen Weg dar, die neuen Sachverhalte normativ zu verarbeiten. Das entspricht der vorne bei § 4 I Anm. 20ff geäußerten These, wonach neuere Auffassungen über Gehalt und Tragweite der Grundrechte nicht primär auf ein werthaftes Verständnis, sondern auf veränderte soziale Verhältnisse zurückzuführen sind.

die hier behandelte Problematik einschlägig.

Für die Schweiz ist allerdings nicht anzunehmen, dass der thematisierte Begriff in naher Zukunft denselben Stellenwert wie in der bundesrepublikanischen Verfassungspraxis einnehmen wird. Das Bundesgericht hat sich zwar in BGE 97 I 49 "in unzweideutiger Weise zu einer Wertordnung bekannt, die sich zur Aufgabe macht, die Menschenwürde und den Eigenwert des Individuums sicherzustellen" (4). Es hat jedoch offen gelassen, inwieweit es diesen Bezug auf eine Wertordnung unmittelbar normativ verwerten will (5), der direkte Bezug auf Giacometti lässt eher erwarten, dass es den Schutz axiomatisch mit staatlicher Abstinenz gleichsetzt und nicht aus einem Verständnis der Verfassung "als objektive Wertordnung, die als verfassungsrechtliche Entscheidung für alle Bereiche des Rechts gilt" (6) ähnlich weitgehende normative Schlussfolgerungen wie das Bundesverfassungsgericht ziehen will (7).

Ihren Ursprung findet die Argumentationsfigur letztlich in der Integrationslehre Rudolf Smends (8). Bei Smend "proklamieren die Grundrechte ein bestimmtes Kultur-, ein Wertsystem, das der Sinn des von dieser Verfassung konstituierten Staatslebens sein soll" (9). Die Bestimmung des Grundrechtsinhaltes wird, da es um die Sinnermittlung des darin ausgedrückten Wertes geht, eine Frage rein geisteswissenschaftlichen Vorgehens und emanzipiert sich damit von der juristischen Hermeneutik (10).

Das Bundesverfassungsgericht hat daran angeknüpft. H. Goerlich weist in seiner sehr detaillierten Studie nach, dass das Gericht den Begriff der objektiven Wertordnung (und seine Synonyma) - neben einer Vielzahl von Entscheidungen, wo ihm "relative Irrelevanz" zukommt - oft an zentraler und unvertretbarer Stelle an-

4) Mit Hinweis auf Giacometti, Kodifiaktion der Freiheit, 165

5) J.P. Müller deutet in ZSR 91 (1972) 225f mögliche Auswirkungen der neuen Umschreibung der persönlichen Freiheit an.

6) BVerfGE 7, 198 LS 1, Lüth - Urteil

7) Dies bestätigen auch die Ausführungen des ehemaligen Bundesrichters A. Grisel: "Cependant elle (la jurisprudence du TF; D.T.) ne tire aucune conséquence pratique des formules qu'elle utilise" (A. Grisel, Liberté personnelle, 567).

8) Böckenförde, Grundrechtstheorie, 232

9) Smend, Verfassung und Verfassungsrecht, 265

10) Vgl. die Vorbemerkung zu 'Verfassung und Verfassungsrecht' (S. 119 und im Text S. 266): Das "System der Grundrechte ist (...) Gegenstand einer rein geisteswissenschaftlichen Bearbeitung"; kritisch dazu etwa Kriele, 14

11) Goerlich, 140

führt (12) und sieht die besondere Problematik solcher Argumentation darin, dass "sie kraft ihrer inhaltlichen Unbestimmtheit droht, vermittels Induktion neuer Werte variante Interpretationen der Wertordnung an die Stelle expliziter Gründe treten zu lassen und damit zugleich eine Normativität und Grundrechte limitierende Funktion übernehmen kann. Die Wertordnung als Surrogat substantieller Wahrnehmung richterlicher Begründungspflicht vermag dann jedes Ergebnis zu rechtfertigen" (13). Die Fragwürdigkeit eines Argumentierens mit objektiven Wertordnungen sticht dann besonders in die Augen, wenn sich der Begriff sowohl in der tragenden wie auch in der abweichenden Auffassung des Gerichtes an zentraler Stelle findet, inhaltlich aber sehr divergent konkretisiert worden ist (14). H. Goerlich spricht in dem Zusammenhang von einer Arkanisierung der Verfassungsinterpretation (15).

Der argumentative Rekurs auf objektive Wertordnungen ist in mehrfacher Hinsicht problematisch (16):

-
- 12) A.a.O; vgl. dazu den ersten Teil von Goerlichs Arbeit; Goerlich konstatiert als parallellaufende Entwicklung, dass "immer neue Werte neben ersten Prinzipien der konstitutionellen Tradition in die objektive Wertordnung übernommen werden" (S. 132)
 - 13) Goerlich, 133
 - 14) Diese Austauschbarkeit des Inhaltes objektiver Wertordnungen kommt sehr deutlich im sog. Abhörurteil zum Ausdruck. Vgl. zur tragenden Auffassung BVerfGE 30, 1 (19ff); zur abweichenden der Richter Geller, v. Schlabrendorf, Rupp, 39ff. Vgl. zum Abhörurteil auch die kritischen Anmerkungen von Häberle in JZ 26 (1971), 145ff. Hinweise auf weitere Urteile bei Goerlich, 132f
 - 15) Goerlich, 140; damit ist gemeint, dass mit dem substantiell ungenügend bestimmten Begriff letztlich rationale Argumentation ersetzt werden kann und damit der Öffentlichkeit der freie Zugang in die Gründe einer hoheitlichen Entscheidung verwehrt wird. Zum Arkanbegriff vgl. auch Häberle, Öffentliches Interesse als juristisches Problem, Bad Homburg 1970, 585
 - 16) In der Literatur stösst die Argumentationsfigur mehrheitlich auf Ablehnung, vgl. die Hinweise bei Goerlich, 141 Anm. 864 und bei Böckenförde, Grundrechtstheorie, 232. Kritisch haben sich vor allem geäußert Hesse, Grundzüge, 4, der auf S. 127 auch das oft als Synonym verwendete "Wertsystem" einer eingehenden Kritik unterzieht; F. Müller, Juristische Methodik, 48f; Chlosta 49f; Scheuner, Probleme der staatlichen Entwicklung der BRD, DöV 24(1971) 2; Hollerbach, 253ff, insbes. 254 Anm. 74; Abelein, 27; Denninger, Freiheitsordnung, 546
Aus der Schweiz: Bäumlin, Demokratie, 81; J.P. Müller, Soziale Grundrechte, 719f; Saladin, Grundrechte, 457 Anm. 11

- Einmal entbindet er den Richter letztlich von rationaler Begründung seines Ergebnisses (17). Der Rückgriff auf Werte kann möglicherweise einer formell verstandenen Begründungspflicht genügen, materiell hingegen lässt er alles offen (18). Die Benennung eines Prinzipes als Wert entbehrt jeder Information über seine rechtliche Bedeutung und die Konsequenzen seines Gebrauches im Einzelfall (19), denn es gibt zur Zeit weder eine rationale Begründung von Werten noch ein "rational erkenn- und diskutierbares Vorzugssystem zur Bestimmung der Rangfolge von Werten" (20).

Kein Satz der Form, a ist besser als b, kann aus logischen Gründen wahr sein (21). Wenn dem so ist, dann stellt sich die Frage, warum bestimmte Werte anderen Werten vorzuziehen sind. Festzuhalten ist, dass Werte keine Begründung leisten können, die Berufung auf sie ist vielmehr begründungspflichtig.

A. Podlech fordert, bei Uneinigkeit über Wertungen derjenigen den Vorzug zu geben, deren negative Folgen geringer sind (22). Wertungen sind auf ihre Folgen zu untersuchen; die Folgendiskussion zeigt mögliche Alternativen auf, unter denen in einer wertenden Stellungnahme zu wählen ist. Das führt zu einem Zuwachs an Rationalität, denn erst die Reduktion (23) auf die Folgen gestattet letztlich eine Diskussion über die Begründetheit der Argumentation (24).

17) Zur Begründungspflicht ausführlich J. Brüggemann, Die richterliche Begründungspflicht, Berlin, 1971; für die Schweiz ergibt sie sich aus BV 4, dazu Saladin, Fairness, 47f m.w.H. und M.T.Hauser 118f

18) Zu den Begriffen formelle und materielle Begründungspflicht Podlech, Wertungen, 208

19) Goerlich, 42

20) Böckenförde, Grundrechtstheorie, 235

21) Podlech, Wertungen, 197

22) A.a.O.

23) A.a.O., 198

24) Da wertende Entscheidungen aus der richterlichen Entscheidungsfindung nicht zu verbannen sind (so zu Recht Dreier, 32) ist an der Folgendiskussion, trotz der Vorbehalte, die gegen sie erhoben werden, als Möglichkeit der Rationalisierung und Disziplinierung richterlicher Wertungen festzuhalten. Insbesondere N. Luhmann hat sich kritisch geäußert und die Meinung vertreten, dass derjenige, der Folgendiskussion betreibe, über Scheuklappen verfügen müsse, die verhindern, dass alle möglichen Nebenfolgen mit in den Blick gerieten; zudem sei mit der Bewertung der Folgen nicht geholfen, weil das Problem schon in der Selektion der Folgen liege, die zur Bewertung herangezogen würden. Vgl. Luhmann, Rechtssystem und Rechtsdogmatik, Stuttgart, 1974, 7 und 31ff
Vgl. allgemein zur Folgendiskussion, Willke, 15 und 46ff, Dreier, 32, 24; Häberle, Zeit und Verfassung, 118 insbes. Anm. 49; Goerlich, 178f, 182f

Der vorschnelle und alleinige Rückgriff auf Werte führt dazu, dass eine - von vielen möglichen und vertretbaren - Alternative einer Deduktion normativer Direktiven aus obersten Verfassungsprinzipien mit dem Anspruch auf Ausschliesslichkeit versehen wird (25). Damit wird das - unvermeidliche, aber offenzulegende - voluntative Element richterlicher Urteilsfindung verdeckt (26) und, was bedenklicher ist, letztlich der rechtsstaatlich gebotenen (27) Begründungspflicht nicht genügt (28).

Ein Entscheid kann nur dann legitim sein und Gegenstand des Konsenses bilden, wenn-auf der Grundlage der normativen Gegebenheiten (!) - durch vorgängige Folgendiskussion die möglichen Alternativen offengelegt werden und schliesslich im Für und Wider der Argumente - letztlich natürlich wertend - entschieden wird. Demgegenüber bleibt der Begriff der objektiven Wertordnung eine unbestimmte Blankettformel, die weder Rückschlüsse auf das rechtspolitische Vorverständnis des Interpreten zulässt, noch gewährleistet, dass der rechtspolitische Konflikt überhaupt offen ausgetragen wird (29).

- In die Verfassung ist aufgenommen worden, worüber Einigkeit besteht; sie wird damit zu einer legitimierenden und konsensbegründenden Grundlage der Staatlichkeit (30). Damit wird aber keine objektive Wertordnung mit normativer Kraft errichtet. Es darf nicht übersehen werden, dass in den modernen Verfassungen pluralistischer Gesellschaften widersprüchliche Werte einbezogen worden sind (31); bei der Konkretisierung von Verfassungsnormen ist deshalb grundsätzlich von einem wertmässigen Pluralismus auszugehen.

Die Argumentation aus objektiven Wertordnungen trägt latent die Gefahr in sich, dass in einem rational nicht nachvollziehbaren Er-

25) Goerlich, 185

26) Ders., 178

27) Daneben ist auch vom demokratischen Prinzip her, worauf F. Müller, Juristische Methodik, 87 (l.A., Berlin 1971) zu Recht hinweist, die "optimale Diskutierbarkeit der Ergebnisse und Begründungsweisen" gefordert.

28) Goerlich, 138, 140, 179; F. Müller, Juristische Methodik,

29) Vor einer solchen Verdrängung rechtspolitischer Momente im Rechtsanwendungsakt hat eindringlich Kriele, 96, gewarnt: "Die Fiktion, das rechtspolitische Moment lasse sich aus dem juristischen Denken herausdrängen, führt zu nichts anderem als dazu, dass diese Aufgabe nicht gesehen wird. Die Fiktion fördert gerade, was sie verhindern wollte: Die Möglichkeit unkontrollierter Richterwillkür".

30) Hesse, Bestand und Bedeutung, 438

31) Bei Willke, 54, ist in dem Zusammenhang von einem potentiellen Zielkonflikt die Rede.

kenntnisakt nur eine von vielen Wertvorstellungen - allerdings mit dem Anspruch auf Ausschliesslichkeit (32) - realisiert wird. Ein Vorgang, der in pluralistischen Gesellschaften unerträglich ist: zu ihren Strukturmerkmalen gehört die Konkurrenz von Wertvorstellungen, der Richter kann sich in grundsätzlichen Streitfragen nicht unbefangen und unreflektiert auf eine dieser mehreren Ueberzeugungen beziehen, ohne die Befriedungsfunktion der Rechtsprechung in Frage zu stellen (33).

Zudem macht er den Weg frei, auf dem die geschriebene Verfassung überspielt werden kann (34): Legitimerweise kann nun jeder seine 'Wertordnung' als die von der Verfassung gemeinte und geforderte ausweisen (35); letztlich wird damit die stabilisierende Funktion der Verfassung gefährdet (36).

Bedeutungsvoll ist auch die Analyse von U.K. Preuss, der im Anschluss an Kirchheimers "zweistufige Legalität" im Zusammenhang mit objektiven Wertordnungen von einer "Superlegalität" spricht, die die Möglichkeit eröffne, in einer spezifischen Dialektik von Regel- und Ausnahmerecht die normative Ordnung ausser Kraft zu setzen (37). Eingehend findet sich "die Normativität und Grundrechte limitierende Funktion" des Blankettbegriffes auch bei H. Goerlich (38) besprochen.

- Nicht zu unterschätzen ist daneben die Gefahr einer Totalisierung des Verfassungslebens. Der "immanenten Logik des Wertdenkens" (39) entspricht es, dass Werte permanent behauptet, durchgesetzt und realisiert werden wollen (40). Das einmal adoptierte Wertsystem nimmt einen "streitbaren Charakter" an (41). Jeder Recht-

32) Denninger, Freiheitsordnung, 546

33) Rüthers, Institutionelles Rechtsdenken, 53

34) Hesse, Grundzüge, 15

35) Abelein, 25

36) Vgl. zur stabilisierenden Funktion der Verfassung Hesse, Verfassungswandlung, 134

37) U.K. Preuss, Legalität und Pluralismus, Frankfurt/M 1973, 17ff

38) Goerlich, 133 mit Anm. 133

39) Denninger, Freiheitsordnung, 547

40) A.a.O.

41) A.a.O.

satz wird nur als Teil in einem übergreifenden Ideen- und Sinnzusammenhang verstanden. Diese höhere Wertordnung bestimmt den Inhalt jeder einzelnen Vorschrift (42). Der Konzeption der Grundrechte als Wertordnung entspricht ein Streben "nach tunlichst weiter Ausdehnung grundrechtlicher Bindung" (43). Das führt dann auch dazu, dass der Gesetzgeber gegenüber "dem Philosophen auf dem Richterstuhl" (44) nur noch eine untergeordnete Rolle spielt (45).

42) Rüthers, Institutionelles Rechtsdenken, 44

43) Scheuner, Pressefreiheit, 37

44) Abelein, 15

45) Insoweit stellen sich hier dann Fragen nach der demokratischen Legitimation solchen Interpretierens. Vgl. dazu F. Müller, Normstruktur, 211

IV. Ableitung von Leistungsansprüchen durch eine institutionelle Deutung der Grundrechte ?

Soweit in der neueren schweizerischen Verfassungsrechtslehre Vorstösse unternommen worden sind, aus Grundrechten justiziable Leistung abzuleiten, wurden sie institutionell begründet (1).

Nach schweizerischer Verfassungslage scheint dies zurzeit der am meisten Erfolg versprechende Weg zu sein; wohl vor allem, weil eine Sozialstaatsklausel (2) analog zum Grundgesetz (3), obwohl von einigen Autoren als ungeschriebenes Verfassungsrecht postuliert (4), doch noch nicht die Anerkennung gefunden hat, dass im direkten Rückgriff auf sie Leistungsansprüche begründet werden können (5). Auf institutionellem Wege scheinen indessen eine Vielzahl von Leistungen realisierbar: Bei P. Saladin etwa vermag die Eigentumsgarantie, institutionell gedeutet, Anspruch auf Benützung öffentlicher Werke zu geben (6); sowohl HGF (7) als auch Versammlungsfreiheit (8) berechtigen zur Benützung des öffentlichen Grundes; Leistungsansprüche aus einer institutionell verstandenen Presse- oder Informationsfreiheit sind zumindest vorstellbar (9), ebenso wie soziale Rechtsansprüche aus der persönlichen Freiheit nicht ausgeschlossen sind (10). Auch J.P. Müller rückt die Per-

- 1) Vgl. für die BRD, wo das institutionelle Argument allerdings nicht den Stellenwert hat wie in der Schweiz, von Mutius, 186
- 2) Zur sozialstaatlichen Grundrechtstheorie Böckenförde, Grundrechtstheorie, 238ff; Friauf, 675 und hinten 5 V
- 3) Art. 20 Abs. 1 und 28 Abs. 1 GG
- 4) Solche Versuche haben unternommen: Saladin, Grundrechte, 241; Wildhaber, Soziale Grundrechte, 386, der die Sozialstaatlichkeit schon im Rechtsgleichheitssatz verankert sieht; J.P. Müller, Soziale Grundrechte, 872 Anm. 581. Müller sieht insbesondere in Art. 31 bis BV und in Art. 2 BV Gehalte, die mit der Sozialstaatsklausel des GG vergleichbar sind. Kritisch dazu etwa Benz, 39
- 5) In dem Sinne muss wohl auch BGE 103 Ia 378 verstanden werden.
- 6) Saladin, Grundrechte, 140 und ders., ZSR 861 (1967) 427f
- 7) Saladin, Grundrechte, 250
- 8) Ders., Grundrechte, XX Anm. 18
- 9) A.a.O., 84f
- 10) A.a.O., 99 vgl. auch a.a.O., XX Anm. 18

spektive einer Ableitung von Leistungsansprüchen aus institutionell gedeuteten Grundrechten ins Blickfeld (11); nach ihm liesse sich insbesondere ein justiziabler Anspruch auf Fürsorge zwangslos "in ein institutionell gefestigtes Koordinatensystem einbetten" (12) und sei daher als ungeschriebenes Grundrecht der geltenden Bundesverfassung anzuerkennen (13).

Die zugrundeliegende Argumentation drängt solche Schlussfolgerung geradezu auf: Wenn "Grundrechte nicht als isolierte, individuelle Ansprüche", sondern institutionell als Grundsätze verstanden werden, "welche ganze Normenkomplexe mit dem Ziel bestimmen, die ihnen innewohnenden (freiheitlich-personalen) Ideen in die Rechtswirklichkeit umzusetzen" (14); wenn davon ausgegangen wird, dass die Grundrechte "grundlegende rechtliche Institutionen - politischer, sozialer, wirtschaftlicher, geistig-kultureller Ausrichtung - verfassungsmässig gewährleisten" und "die Verpflichtung des Staates, derartigen Institutionen Wirk-Kraft zu verleihen (...) zum Inhalt verfassungsrechtlicher Leitgrundsätze" erheben (15), dann drängt sich unwillkürlich der Gedanke auf, "es sei grundrechtlich gebotene Aufgabe, die einzelnen Grundrechte nicht nur zu schützen, sondern sich eben auch die Sicherstellung der Voraussetzungen ihrer Ausübung angelegen sein zu lassen" (16, 17).

11) In: Soziale Grundrechte, 821

12) A.a.O., 898

13) A.a.O., 899; vgl. dazu neuerdings ders., Grundrechtstheorie, 272

14) Saladin, Grundrechte, 295f

15) A.a.O., 298; vgl. auch Scheuner, Funktion, 513

16) J.P. Müller, Soziale Grundrechte, 820; vgl. auch die Darstellung des institutionellen Grundrechtsverständnisses bei Böckenförde, Grundrechtstheorie, 230

17) Auf den Zusammenhang von leistungsfördernden Vorstössen und institutioneller Deutung der Grundrechte weisen hin: J.P. Müller, Soziale Grundrechte, 820 f; ders., Grundrechtstheorie, 266; Saladin, Grundrechte, 293f; Haller, Lehrfreiheit, 122; Benz, 26; Bosshart, 120ff; E. Grisel, 113; sehr deutlich Morand, tendances, 35; ders. ZSR 92 II (1973) 1094; Wildhaber, Soziale Grundrechte, 382; Friauf, 674; Schaumann, 48f; Klöpfer, 11; Häring, 87; Abelein, 16; ausführlich Kratzmann, 107ff; Fischer, 48f; Barrelet, liberté d'information, 110ff; Fleiner, Informationsfreiheit, 388ff

Auf den ersten Blick scheint mit dem institutionellen Grundrechtsverständnis ein methodischer Weg eröffnet zu sein, der erlaubt, auf einfache Weise die bisher nur als Abwehrrechte verstandenen Freiheitsrechte zu leistungsgewährenden Grundrechten zu erweitern.

Angesichts des zentralen Stellenwertes, den das institutionelle Argument bei der Begründung von Leistungsansprüchen einnimmt, empfiehlt es sich aber, vorschnelle Weichenstellungen zu vermeiden und zunächst sorgfältig die Tragfähigkeit institutionellen Argumentierens abzuklären.

Dazu ist zunächst die institutionelle Methode - mit Blick auf ihre historische Entwicklung - darzustellen (A) und einer an früheren Ergebnissen (18) orientierten kritischen Betrachtung zu unterziehen (B). Erst dies gibt die Basis, von der aus schliesslich über die Verwendbarkeit institutionellen Argumentierens für die Ableitung subjektiver Leistungsansprüche aus Grundrechten entschieden werden kann (C).

A. Die institutionelle Methode

Im Vorgriff auf Ergebnisse, deren Herleitung weiter unten erfolgt, ist bereits hier festzuhalten, dass es bei der institutionellen Grundrechtsdeutung nicht um die Vermittlung eines bestimmten Inhaltes geht, sondern dass damit eine Methode gemeint ist (19). Letztlich geht es darum, mit dem institutionellen Argument - unabhängig von den im einzelnen differierenden Umschreibungen des Begriffes Institution - die Norm gegenüber den tragenden Grundgedanken der Rechtsordnung, gegenüber dem ideellen 'Metasystem' (20) zu öffnen und - was davon nicht zu trennen ist - aus dem "Wechselspiel zwischen grundrechtlicher Institutionsgarantie

18) Ergebnisse, die in den §§ 3 und 4 I-III gewonnen wurden.

19) Das methodische Moment betonen Wolf, 78; Dombois, 1022; Esser, Vorverständnis, 127; Forsthoff, Verwaltungsrecht, 165

20) Vgl. zum Begriff des Metasystems Klug in der Nipperdey-Festschrift, 1965 Bd. 1, 71ff

als Norm und der den Gegenstand der Garantie bildenden Institution als variabler sozialer Wirklichkeit" (21) interpretatorische Schlussfolgerungen zu ziehen.

Damit wird die zu interpretierende Norm in ungeahntem Ausmasse dynamisiert. Diese Wechselwirkung scheint auf den ersten Blick zu ermöglichen, das in § 2 beschriebene Spannungsverhältnis zwischen Freiheitsrechten, die sich auf der Basis eines vermeintlichen Dualismus Staat - Gesellschaft dogmatisch zu Abwehrrechten verfestigt haben, und den aktuellen sozialstaatlichen Gegebenheiten in einem institutionell strukturierten Rechtsanwendungsakt aufzuheben.

1. Die historische Entwicklung

Der institutionelle Denkansatz ist keineswegs eine Erscheinung unserer Tage, die Ahnenreihe institutioneller Rechtsdenker beginnt bereits bei Savigny (22).

Bei Savigny steht der Inhalt der Rechtsinstitute, die zugleich immer als Grundlage der einzelnen Rechtregel anzusehen sind, in direkter Beziehung zu der allgemeinen Aufgabe des Rechts, die sittliche Bestimmung der menschlichen Natur, wie sie sich in der christlichen Lebensansicht darstellt, zu fördern. Der Institutsbegriff stellt die Brücke zwischen dem einzelnen Rechtsatz und den materialen Wertungen des Rechtssystems dar (23). Dies ist tragender Bestandteil von Savignys historischer Rechtsauffassung, nach der das Recht, wie die Sprache, auf organische Weise im Volksgeist lebt und wächst - ohne Zutun des Gesetzgebers (24).

Als zweiter deutscher Vertreter des institutionellen Rechtsdenkens wird F.J.Stahl genannt (25); prägenden Einfluss auf das institutionelle

21) Willke, 127

22) Dazu eingehend Wolf, 78; auf Savigny beruft sich beispielsweise Forsthoff, a.a.O., 165 Anm. 1; vgl. auch die Bemerkung bei Schmitt, Rechtswissenschaftliches Denken, 8f

23) Rüthers, Unbegrenzte Auslegung, 279ff, mit Belegen

24) Dazu und zu den philosophischen Grundlagen der historischen Rechtsauffassung Savigny's, Wolf, 79f

25) Rüthers, a.a.O., 281; Forsthoff, Verwaltungsrecht, 165 Anm. 1

Rechtsdenken hatte allerdings vorab die Institutionslehre des Franzosen Maurice Hauriou (26).

Auf Haurious Institutionslehre einzugehen, erübrigt sich angesichts eines umfangreichen Schrifttums zu seinem Werk (27). Nur beiläufig sei erwähnt, dass die hier besonders interessierende Wechselwirkung Norm-soziale Realität deutlich zum Ausdruck kommt. Eine Institution ist bei Hauriou "eine Idee vom Werk oder vom Unternehmen, die in einem sozialen Milieu Verwirklichung und Rechtsbestand findet" (28). Insbesondere sind die Rechtsnormen, die Hauriou als institutions-choses bezeichnet (29) sozial fest eingerichtet und verankert (30). Häberle hebt hervor (31), dass damit der Durchbruch zu der hinter den Rechtsbegriffen stehenden Wirklichkeit gelungen sei. Das bedeute einmal, dass Normen, da ja die ihnen zugrundeliegenden Lebensverhältnisse Wandlungen unterworfen seien, "als Institut keine starre Grösse" seien (32); dann aber vor allem, dass die Normalität bei der Rechtsetzung auf die zu entwerfende, bei der Rechtsanwendung auf die zu deutende Norm zurückwirke: Das Faktum schlägt zur Norm um (33, 34).

- 26) Auf den sich dann insbesondere Schmitt beruft, vgl. Schmitt, Rechtswissenschaftliches Denken, 45, 54f; zum Einfluss Haurious vgl. auch Schnur in der Einführung, 22f zu Die Theorie der Institution, Berlin 1965.
- 27) Siehe die Bibliographie bei Schnur, a.a.O., 111f; weitere Hinweise bei Saladin, Grundrechte, 296 Anm. 33
- 28) Hauriou, Theorie der Institution, 34
- 29) Und von den institutions-personnes (Körperschaften, Staaten Vereinigungen, Gewerkschaften) unterscheidet, vgl. a.a.O. 34
- 30) A.a.O., 35
- 31) Zu den einzelnen Argumentationsschritten vgl. Häberle, Wesensgehaltgarantie, 104-110
- 32) Häberle, a.a.O., 111
- 33) So ausdrücklich Häberle, a.a.O.; dieser Umschlag liegt letztlich in der Konsequenz des Hauriou'schen Ansatzes: Wenn nämlich der Geltungsgrund allen Rechtes in einen Gründungsvorgang verlegt wird, der sich nicht als Willensakt legislativer Instanzen, sondern im Entstehen jeder Institution selbsttätig vollzieht und in dessen Wiederholung die Fortdauer jeder Institution besteht (so Hauriou, Theorie der Institution, 58 bes. 64), dann - darauf weist überzeugend Maus, 19 hin - "fällt Recht mit gesellschaftlicher Faktizität von vornherein zusammen und ist die Fortentwicklung des Rechts mit der immanenten Dynamik gesellschaftlicher Teilsysteme identifiziert".

Dieses Umschlagen lässt sich eindrücklich aufzeigen an der Konzeption der sogenannten Einrichtungs- oder Institutsgarantie in der Weimarer Republik. 1923 vertrat Martin Wolff in seinem Beitrag zur Kahl-Festschrift (35) die Ansicht, Art. 153 Abs. 1 der Weimarer Verfassung (36) bedeute nicht nur den Schutz der konkreten Privatrechte des einzelnen Rechtssubjektes, sondern darüber hinaus die Zusicherung, dass das Privateigentum als Rechtsinstitut erhalten bleibe. Ueber die Verwaltung hinaus sei auch der Gesetzgeber gebunden, der die Eigentumsgarantie nur durch verfassungsänderndes Reichsgesetz brechen könne. Dadurch wurden – was vom Text des Art. 153 WRV her nicht als zwingend erscheint (37) – privatrechtliche Institute mit der Weihe verfassungsrechtlicher Garantien versehen (38).

An diesem Beispiel lassen sich interessante Zusammenhänge von politischer Intention und angewandter Verfassungsmethodik aufzeigen.

Bis 1918 war durch die einseitige Besetzung der legislativen Organe gewährleistet, dass in Gesetze nur Eingang fand, was den herrschenden Interessen entsprach. Adäquate Rechtsanwendungsform war der Gesetzespositivismus, dessen enge Normbindung eine Umsetzung jener Gesetzesinhalte in die Wirklichkeit gewährleistete.

Die Situation änderte sich 1918 mit der Ausrufung der Weimarer Republik schlagartig. Von der Legislative her war nicht mehr sichergestellt, dass die Interessen der wirtschaftlich herrschenden Gruppen ausreichend berücksichtigt wurden. Der Gesetzespositivismus wurde kontraproduktiv; gefragt waren nun Rechtsanwendungsformen, die eine Emanzipation vom Wortlaut und die Umsetzung politi-

34) Die konstatierte Wechselwirkung Faktum-Norm bestätigt F. Müllers Ansicht, wonach das institutionelle Rechtsdenken anfangs des 20. Jahrhunderts als Reaktion auf den formalistischen Gesetzespositivismus, der von einem extremen Dualismus von Normalität und Normativität ausging, zu verstehen ist. (vgl. F. Müller, Rechtsstaatliche Methodik, 275)

35) M. Wolff, Reichsverfassung und Eigentum, in: Festgabe für W. Kahl, 1923, 3ff

36) Art. 153 Abs. 3 WRV lautete: "Das Eigentum wird von der Verfassung gewährleistet. Sein Inhalt und seine Schranken ergeben sich aus den Gesetzen".

37) Und erst recht nicht von der Entstehungsgeschichte der Norm her, vgl. dazu Meyer, 61ff, insbes. 74

38) Für ihre Abänderung galt damit Art. 76 WRV; die von Wolff auch offen eingestandene Zweckrichtung dieser "gelungenen Kunstschöpfung" (so Dürig in Maunz/Dürig/Herzog/Scholz Art. 1 Abs. 3 GG, Rn 98 Anm. 3) war, "gegenüber linksradikalen Ideen ... ein Privatrecht möglich bleiben (zu lassen), das den Namen Eigentum verdient" (a.a.O., 6)

scher Wertvorstellungen in normative Verbindlichkeit erlaubten. Genau diese Funktion erfüllt die Wolff'sche Konstruktion des Eigentums als Rechtsinstitut (39).

Eine Differenzierung erfuhr die institutionelle Terminologie bei C. Schmitt (40). Schmitt unterschied - unter Betonung der "Festlegungs- und Stabilisierungsfunktion" (41) - zwischen den institutionellen Garantien als verfassungsrechtlichen Gewährleistungen von öffentlich-rechtlichen Einrichtungen und den Instituts-garantien als verfassungsrechtlichen Gewährleistungen von privat-rechtlichen Einrichtungen (42). Willke (43) hat - im Anschluss an Abel (44) - darauf hingewiesen, dass die Unterscheidung Instituts-garantie - institutionelle Garantie noch in anderer Hinsicht bedeutsam ist: Unter Institut verstand Schmitt einen "inhaltlich bestimmten Normenkomplex", er gab damit dem Begriff die Bedeutung eines juristischen Konstruktes, das keine ausserrechtliche Realität hat" (45). Das Institut ist Teil der Rechtsordnung und nichts als das" (46).

Dagegen setzt eine institutionelle Garantie "formierte und organisierte und daher umgrenzbare und unterscheidbare Einrichtungen

39) Vgl. dazu die beiden Arbeiten von O. Kirchheimer: Eigentums-garantie in Reichsverfassung und Rechtsprechung, 7ff und Die Grenzen der Enteignung - Ein Beitrag zur Entwicklungsgeschichte des Enteignungsinstitutes und zur Auslegung des Art. 153 WRV 223 ff in: ders., Funktion des Staates und der Verfassung, Frankfurt/M, 1972

40) Vgl. zu Schmitt auch gleich folgend B 1, Anm. 115ff

41) Saladin, Grundrechte, 296

42) Schmitt, Institutionelle Garantien, 143

43) Willke, 121ff

44) Abel, 89ff

45) Abel, 71; auf S. 90 definiert er: "Instituts-garantien sind verfassungsrechtliche Gewährleistungen von dem Verfassungsgeber vorgefundener Komplexe privatrechtlicher Vorschriften mit der Wirkung, dass das garantierte Institut nur im Wege der Verfassungsänderung durch den Gesetzgeber abgeschafft oder in seinem Wesenskern angetastet werden darf".

46) Abel, 71

öffentlichrechtlichen Charakters" (47), mithin einen in der Wirklichkeit funktionierenden Ordnungszusammenhang, dessen Bestand zumindest bei der rechtlichen Etablierung des Staates in hohem Grade als Eigenwert empfunden wird", voraus (48); die institutionelle Garantie gewährleistet einen Wesenskern dieser sozialen Subsysteme (49).

Damit wird ein bedeutsamer Unterschied bezeichnet: Das Rechtsinstitut - obwohl natürlich auch auf einen Ausschnitt sozialer Wirklichkeit bezogen - interessiert als juristische Abstraktion in erster Linie unter dem Aspekt juristischer Konstruktionsbedürfnisse (50). Es ist deshalb auch schon mit dem systematischen Element in der Auslegung verglichen worden (51); B. Rüthers bezeichnet es als den normativen Institutionsbegriff (52), es bedeute eine Mehrzahl von Rechtsnormen (den "Normenkomplex"), die sich auf einen bestimmten Ordnungszusammenhang beziehen und sei durch die strenge Ausrichtung am geltenden Recht gekennzeichnet (53).

Mit dem Begriff Institution hingegen ist ein Ausschnitt aus der sozialen Wirklichkeit selbst gemeint. Die Institution besteht und entwickelt sich nach den evolutionären Bedürfnissen der Gesellschaft, und damit tritt hervor, was wir als eines der Kennzeichen des institutionellen Rechtsdenkens betrachten: der Prozess der wechselseitigen Rückwirkung von institutioneller Wirklichkeit und auf die Institution bezogener Norm (54).

47) Schmitt, Institutionelle Garantien, 149

48) Sasse, 447

49) Abel, 84f definiert: "Institutionelle Garantien sind verfassungsrechtliche Gewährleistungen von dem Verfassungsgeber vorgefundener stabiler Ordnungselemente, nämlich in der Wirklichkeit funktionierender, in öffentlich-rechtlichen Normen gegründeter Zusammenhänge mit der Wirkung, dass die garantierte Institution nur im Wege der Verfassungsänderung abgeschafft oder in ihrem Wesenskern angetastet und im übrigen weder durch die Legislative noch durch die Exekutive beseitigt oder ausgehöhlt werden darf".

50) Willke, 126

51) Esser, Vorverständnis, 126f; F. Müller, Juristische Methodik, 89

52) In Institutionelles Rechtsdenken, 37

53) Ders., a.a.O.

54) Willke, 126

Die institutionelle Diskussion nach 1945 ist gekennzeichnet durch eine verwirrende Vielfalt der Begriffe und Umschreibungen (55), in der Sache selbst ist – auf der Basis der erwähnten Unterscheidung von Institut und Institution – eine Verschiebung der Aufmerksamkeit zu den Institutionen, gekoppelt mit der Ansicht, dass alle Grundrechte institutionelle Garantien seien, festzustellen. Einen ersten und sehr weitgehenden Schritt, Grundrechte zum sozialen Substrat hin zu öffnen, stellt Friedrich Kleins 1957 vertretene Ansicht dar, im GG seien nicht nur Rechtseinrichtungen, sondern auch gesellschaftliche Sachverhalte, also Einrichtungen im natürlichen Sinne, Lebensformen, gewährleistet (56); die gesellschaftlichen Sachverhalte seien "kraft rechtlicher Normierung sozusagen auf die rechtliche Ebene erhoben worden" (57). P. Häberle, wesentlich auf M. Hauriou abstellend (58), unterscheidet nicht mehr zwischen Institut und Institution (59), vielmehr habe jedes Grundrechte neben seiner subjektiven eine institutionelle Seite, worin sein Doppelcharakter begründet liege (60). Grundrecht als institutionelle Garantie bedeute die Gewährleistung "freiheitlich geordneter und ausgestalteter Lebensbereiche" (61). In einem "Innenverhältnis zu der institutionellen Seite" steht bei P. Häberle ein Rezeptionsvorgang, in dem die "Verfassung zahlreiche Rechtsgehalte aus der vorgefundenen allgemeinen und konstitutionellen Rechtsordnung im Wege von Rezeptionen (übernimmt) (62)". Das bedeute allerdings keine Festlegung der Verfas-

-
- 55) Das stellt auch Rüthers, Institutionelles Rechtsdenken, 34 fest; vgl. etwa die unterschiedlichen Begriffsbestimmungen von Meyer-Ladewig, AcP 161, 97ff, 104ff, 105 und bei Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, Art. 1 Anm.1 GG, Rn 97
- 56) Von Mangoldt-Klein, Vorbemerkung A VI 83ff; Klein unterscheidet insgesamt 4 Arten solcher Gewährleistungen.
- 57) Klein, a.a.O., 85; kritisch dazu etwa Lerche, Uebermass, 245, der eine Verwechslung von gesellschaftlichem Sachverhalt und dem darauf sich beziehenden Normenkomplex beanstandet; ablehnend auch Abel, 29ff
- 58) Vgl. Häberle, Wesensgehaltgarantie, 104ff
- 59) A.a.O., 71
- 60) A.a.O., 70
- 61) A.a.O., 70
- 62) A.a.O., 168

sung auf den status quo, da die rezipierten Rechtsbegriffe als Verfassungsnormen ein Eigenleben entfalten würden. "Dieses Eigenleben gewinnt Farbe, Gestalt und Dynamik freilich erst nach und nach" (63). Damit freilich bleibt aber auch alles offen: Weder über die "rezipierten" Rechtsgehalte, noch über die Struktur des "Rezeptionsvorganges" und das "Eigenleben der Verfassungsnormen" sind gesicherte Aussagen möglich. H. Willke übernimmt diesen Ansatz und unterstreicht, dass es so gelinge, "das Wechselspiel zwischen grundrechtlicher Institutionsgarantie als Norm und der den Gegenstand der Garantie bildenden Institution als variabler sozialer Wirklichkeit plausibel zu machen" (64).

In der Schweiz hat vor allem P. Saladin in ausführlicheren Darstellungen ein institutionelles Grundrechtsverständnis vertreten (65). Auch er vertritt eine Wechselwirkung zwischen verfassungsmässigem Grundrecht und geschützter Institution und sieht diesen Vorgang dadurch gekennzeichnet, dass die Norm zunächst die vorgefundene Institution gewährleiste, gleichzeitig halte sie aber den Gesetzgeber zur Ausgestaltung der Institution im Sinne der Leitidee an (66). Unschwer ist zu erkennen, dass die Norm - in ungeklärter Weise - unter Konsistenzforderungen der beiden Variablen Institution und Leitidee steht. Offen bleibt bei Saladin zudem, was er unter Institution versteht. Die Umschreibung der Grundrechte als "verfassungsmässige Grundlage von Normenkomplexen" (67) deutet auf die klassische Institutsgarantie i.S. eines juristischen Konstrukts ohne ausserrechtliche Bezüge, in einer anderen Umschreibung jedoch garantieren die Grundrechte als Institutionen "grundlegende geistige, politische, soziologische, wirtschaftliche Sach- und Handlungszusammenhänge" (68), womit im Sinne der Schmitt'schen Institution der Bezug zum sozialen Substrat hergestellt wird.

63) A.a.O., 169

64) Willke, 127

65) Vgl. Saladin, Grundrechte, 292ff und passim; derselbe, Funktion, 539

66) Saladin, Grundrechte, 311

67) Saladin, Grundrechte, 297

68) Ders., Funktion, 545

Festzuhalten ist noch, dass nach den letztgenannten Autoren alle Grundrechte eine institutionelle Seite entfalten (69), was sich - so P. Häberle - daraus ergibt, dass jedes Grundrecht als subjektives Recht immer im Zusammenhang mit dem durch es geschützten Lebensbereich zu sehen ist (70).

2. Einfluss der soziologischen Institutionentheorie

Anzumerken bleibt, dass der neuere institutionelle Denkansatz starke Anstöße durch Untersuchungen gewisser soziologischer Richtungen erhalten hat (71). Institution bedeutet dort den realen Gesamtkomplex einer gesellschaftlichen Einrichtung (72), der einer sozialphilosophischen oder einer am Zusammenhang von menschlicher Bedürfniskonstellation und Institutionenbildung interessierten sozio-anthropologischen Analyse (A. Gehlen) unterzogen werden kann (73).

Gehlen's Kernthese geht dahin, dass beim Menschen, den er als "organisch primitives, instinktreduziertes, biologisch konstitutiv gefährdetes Wesen" (74) begreift, an die Stelle der Instinkte die Institutionen treten und die Funktion von Verhaltensorientierungen übernehmen. Gehlen ist von da her vor allem an der Stabilität der Institutionen interessiert (75). In H. Schelskys Stabilitätsanalyse ist das Problem des Wandels von Institutionen ein-

69) Häberle, Wesensgehaltgarantie, 70f; Saladin, Grundrechte, 297; Willke, 130ff. So auch Scheuner, Funktion, 510; vgl. auch Böckenförde, Grundrechtstheorie, 229; Herzog, Grundrechte, 69

70) Siehe dazu die Darstellung bei Häberle, a.a.O., 96ff, insbes. 99: "Die individuelle Freiheit findet die Freiheit als Institut vor".

71) Siehe etwa die Bemerkung bei Willke, 125 und passim; Häberle, a.a.O., 110, betrachtet als Kennzeichen des institutionellen Denkens die Transzendierung des Juristischen ins Soziologische.

72) Gehlen, 33; vgl. aber auch die andere, kommunikationstheoretisch fundierte Definition von Luhmann, Grundrechte, 12

73) Zu den Einzelheiten Schelsky, 9f

74) Zit. nach Lipp, 1013 (ohne Angabe der Fundstelle)

75) Was nicht ohne politische Konsequenzen blieb, vgl. etwa Gehlen, Der Mensch, seine Natur und seine Stellung in der Welt, 2.A 1941, letztes Kapitel; neuerdings sieht Gehlen stabile Institutionen vor allem durch den "modernen Subjektivismus" gefährdet, den er in Moral und Hypermoral, Frankfurt 1969, mit Staatsverdrossenheit, Pazifismus, Demokratismus, Sozialeudämonismus und politischem Moralismus gleichsetzt, vgl. dazu Dubiel, 44ff

bezogen (76); er leitet damit zu den funktionalistischen (77) Ansätzen über. Hier hat N. Luhmann die Institutionen und vor allem die Institutionalisierung im Rahmen der Theorie sozialer Systeme analysiert und insbesondere auch die Grundrechte als Institutionen auf ihre Funktion in hochkomplexen Systemen untersucht (78). Luhmann geht von dem seiner Ansicht nach "wichtigsten Strukturmerkmal unserer Gesellschaftsordnung, der sozialen Differenzierung, aus" (79), und sieht die Funktion der Grundrechte darin begründet, "eine Entdifferenzierung und Simplifikation der Sozialordnung zu verhindern, indem sie verschiedene Untersysteme der Gesellschaft (z.B. Wirtschaft, Kultur, Kommunikation, D.T.) mit ihren getrennten Kommunikationskreisen (...) gegen Tendenzen zur Politisierung der Sozialordnung (Luhmann sieht Gefahren nur in der Expansion des politischen Systems (80)) abschirmen" (81). Ohne darauf näher einzugehen (82) ist festzuhalten, dass von sozio-

- 76) Siehe dazu die zusammenfassende Darstellung bei Schelsky, 19ff und Willke's Versuch einer Rezeption der Institutionentheorie Schelsky's für die Grundrechtstheorie (Willke, 141ff)
- 77) Zum Begriff des Funktionalismus, Suhr, 2600 m.w.H.
- 78) Vgl. Luhmann, Grundrechte als Institution, Berlin, 1965 und ders., Institutionalisierung - Funktion und Mechanismus im sozialen System der Gesellschaft, in: Theorie der Institution, hrsg. von Schelsky, Düsseldorf, 1970
- 79) Luhmann, Grundrechte, 186
- 80) Zu den Gründen: Luhmann, a.a.O., 24 und 57
- 81) A.a.O., 187. Wir entdecken hier die klassische Abwehrfunktion der Freiheitsrechte; allerdings muss sogleich präzisiert werden, dass es Luhmann nicht um den juristisch relevanten Konfliktfall Bürger-Staat geht, sondern um die gegenseitige Abgrenzung verschiedener sozialer Subsysteme. Luhmann sieht, wie erwähnt, die Differenzierung des Gesamtsystems nur durch Expansionstendenzen des politischen Systems gefährdet und bezeichnet von dieser Warte aus folgerichtig das Problem der Drittwirkung als "untypisch". (a.a.O., 205, Anm. 9)
In der Sache selbst scheint mir das nicht nachvollziehbar: Angesichts expansiver Tendenzen etwa des Untersystems Wirtschaft in die Subsysteme Kommunikation (Pressekonzentration!) und Persönlichkeitsentfaltung würde auch im staatsfreien Bereich Differenzierung not tun. Luhmann, an einer Differenzierung des Gesamtsystems interessiert, dürfte eigentlich die Drittwirkung nicht als untypisch bezeichnen.
- 82) Vgl. zur Luhmann'schen Grundrechtskonzeption die ausführliche Darstellung bei Willke, 157ff; allgemein zu den politischen Implikationen der Luhmannschen Systemtheorie die Kontroverse in: Habermas/Luhmann, Theorie der Gesellschaft oder Sozialtechnologie, Frankfurt, 1976

logischer Seite her die relative Eigenständigkeit von Soziologie einerseits und Rechtswissenschaft - vor allem als Rechtsanwendung - andererseits durchaus gesehen wird: "Der Begriffsapparat der soziologischen Forschung, auf Entdeckung und Systemvergleich gerichtet, hat andere Aufgaben als der Begriffsapparat der Dogmatik, der die Entscheidungsfindung erleichtern und berechenbar machen soll" (83), insbesondere können "soziologische Einsichten nicht eo ipso Auslegungswert beanspruchen" (84).

3. Die Oeffnung der zu konkretisierenden Norm gegenüber sozialem Substrat und tragenden Grundgedanken der Rechtsordnung

Für eine erste Bilanz kann auf E. Forsthoff verwiesen werden, der paradigmatisch formuliert: "Die Ueberlegenheit eines Denkens in Rechtsinstituten liegt (...) in der Eröffnung der Norm gegenüber den tragenden Grundgedanken des Rechts (...) . Aber mindestens ebenso wichtig ist die Eröffnung gegenüber der Wirklichkeit als der Realität der gegebenen Zustände, zu welcher ein Denken, welches sich am Gebilde orientiert, zwangsläufig gedrängt wird, weil auch das Gebilde nicht nur die Verdichtung bestimmter geistiger Gehalte des Rechts, sondern ebensosehr auch ein Stück Wirklichkeit ist" (85).

In der Tat ist als wesentlichstes Merkmal der institutionellen Methode die Herstellung eines Zusammenhanges zwischen auslegender Norm und Seinssphäre (Forsthoff) anzusehen. Dabei muss - wie das aus dem Forsthoff-Zitat deutlich hervorgeht - präzisiert werden, dass mit der Oeffnung zu den gesellschaftlichen Gegebenheiten hin nicht nur die Bezugnahme auf sogenannten "soziale Normen" (86) möglich wird, sondern auch der Rückgriff auf tragende Wertvorstel-

83) Luhmann, Grundrechte, 204/5

84) A.a.O., 205

85) Forsthoff, Verwaltungsrecht, 165f. Zu Recht weist Hollerbach, 256, Anm. 82 darauf hin, dass es ziemlich rätselhaft erscheint, wie sich diese Auffassung etwa mit den von Forsthoff in Die Umbildung des Verfassungsgesetzes (zu diesen Thesen vorne § 3 I Anm. 54ff) vertretenen Thesen vereinbaren lässt.

86) Unter sozialen Normen sind diejenigen Verhaltensweisen zu verstehen, die in gesellschaftlichen oder staatlichen Institutionen de facto anerkannt sind (Koch, 109).

lungen: Philosophisch-metaphysische Gehalte mischen sich mit Bezugnahmen auf die politischen und gesellschaftlichen Realitäten (87). B. Rüthers hat vor diesem Hintergrund einen faktischen und einen metaphysischen Institutionsbegriff unterschieden (88), die freilich in der Praxis oft vermengt werden. Der faktische Institutionsbegriff meint "einen Rückgriff auf ein reales, gesellschaftlich gültiges, allgemein oder doch mehrheitlich verwirklichtes Verhaltensmuster" (89), der metaphysische Begriff hingegen geht von einer "überpositiven, vorgegebenen Ordnung aus, die als Metasystem die Bedeutung und die Funktion jeder einzelnen Erscheinung des Rechtslebens bestimmt" (90).

Für die Grundrechtsdeutung führt dies zu einem ambivalenten Verhältnis der zu berücksichtigenden Komponenten: Einmal prägt die Ordnungs- oder Leitidee des Grundrechtes die Lebensverhältnisse und ist Ansatzpunkt rechtsverbindlicher Deduktionen, zugleich aber nimmt das Grundrecht als Institution die Sachgegebenheiten der Lebensverhältnisse, auf die es bezogen ist, in sich auf und verleiht ihnen normative Relevanz (91).

Dieses "Abtasten der Wirklichkeit" (92), sei es nun eher am überpositiven Wesen der Institution oder am gesellschaftlichen Durchschnittsverhalten orientiert, macht die erstaunliche Wandlungsfähigkeit der mit der institutionellen Methode erzielten Auslegungsergebnisse aus. Ihrer "spezifischen Anpassungsfähigkeit wegen" (93), ist diese Methode Änderungen in der Faktizität oder in den Wertvorstellungen besonders zugänglich: "Das Institutionelle ist eine Kategorie, durch die die Zeit gleichsam hindurchzugehen vermag" (94).

87) Rüthers, Unbegrenzte Auslegung, 313

88) Ders., Institutionelles Rechtsdenken, 34f

89) A.a.O., 34

90) A.a.O., 35

91) Vgl. auch Böckenförde, Grundrechtstheorie, 229

92) Rupp, 174

93) Positiv vermerkt bei Häberle, Wesensgehaltgarantie, 214

94) Häberle, a.a.O.; Häberle's Schriften sind für Stellen, die diesen Mechanismus mit der wünschbaren Deutlichkeit aufzeigen, besonders ergiebig, vgl. etwa a.a.O., 119, 171; siehe auch den Hinweis bei Rüthers, Institutionelles Rechtsdenken, 45f

B. Kritik der institutionellen Methode

Von diesen Ergebnissen her ist auf die spezifische Problematik institutionellen Argumentierens einzugehen.

1. Beliebige Verwendbarkeit für verschiedene gesellschaftspolitische Ordnungsvorstellungen.

Da offen ist, wie die dem Grundrecht zugrundeliegende *idée directrice* bestimmt wird - sie ist letztlich ohne jede methodische Implikation auswechselbar (95) - und damit auch die Bewertung des dem Normativen "korrelativ zugeordneten" (96) Faktischen offen ist (97), sind auf institutionellem Wege beliebige Ergebnisse erzielbar (98).

Diese methodische Konzeption ist geeignet, verschiedenste gesellschaftspolitische Zielvorstellungen auf die Stufe normativer Verbindlichkeit zu heben. Das ist im folgenden kurz zu belegen.

In der Weimarer Republik wurden - wie bereits erwähnt - auf institutionellem Wege bestimmte Rechtseinrichtungen und gesellschaftliche Gegebenheiten, vor allem die Eigentumsverhältnisse betreffend, vor Beseitigung und Aushöhlung durch den einfachen Gesetzgeber geschützt. Die faktischen Gegebenheiten, verstanden als sachnotwendige "institutionelle Ausformung" einer liberal gedeuteten Eigentumsgarantie, nehmen damit an der erhöhten Bestandeskraft des Grundrechtes teil (99). Der gleiche Sachverhalt liegt der bundesgerichtlichen Deutung der Eigentumsgarantie als Institutsgarantie zu-

95) Rüthers, Institutionelles Rechtsdenken, 24

96) So Häberle, Wesensgehaltgarantie, 119

97) Mit Esser, Vorverständnis, 128 ist festzuhalten, dass das Urteil über die Struktur des Faktischen vom Gestaltungswillen abhängt und dieser natürlich nicht unabhängig von einer *idée directrice* vorstellbar ist.

98) So auch Chlosta, 75; Bieback, 25f; Wolf, 85; F. Müller, Rechtsstaatliche Methodik, 276

99) Böckenförde, Grundrechtstheorie, 223f

grunde (100).

Dem liegt eine konservative Stossrichtung zugrunde.

Analytisch lässt sich der Vorgang dadurch kennzeichnen, dass vorhandene Besitzstände oder einfachgesetzliche Regelungen leicht als sachgegebene oder gar sachnotwendige "institutionelle Ausformung" oder Realisierung der Grundrechte betrachtet werden (101); sie nehmen dadurch an der erhöhten Bestandeskraft der Grundrechte, der Unangreifbarkeit durch den Gesetzgeber teil (102). Durch den Einbezug der gegenwärtigen Erscheinungsformen und der einfachgesetzlichen Regelung der Grundrechtsausübung in den Geltungsbereich der Grundrechte kann letztlich deren Gewährleistungs- und Normbereich beliebig weit vorverlegt werden (103). Damit ist ein griffiges methodisches Instrument gegeben, den status quo festzuschreiben (104).

100) Die Eigentumsgarantie erscheint erstmals in BGE 88 I 255 als "institution fondamentale de l'ordre juridique suisse". Zu der jetzt gebräuchlichen bundesgerichtlichen Umschreibung der Institutsgarantie vgl. BGE 103 Ia 418; 101 Ia 513f; 99 Ia 37 und 96 I 558. Bis jetzt sah das BGer die Institutsgarantie noch durch keine gesetzgeberische Massnahme verletzt. Allein im Falle der Liberalsozialistischen Partei von Basel-Stadt (Urteil vom 17.6.1959, ZBL 61 (1960) 281ff) verneinte es die Verfassungsmässigkeit einer Volksinitiative allerdings nicht wegen Verletzung der Institutsgarantie, sondern wegen Verstoß gegen "Sinn und Geist" des Bundeszivilrechtes, mithin gestützt auf die derogatorische Kraft des Bundesrechtes. Ueber die Einzelheiten der einschlägigen Rechtsprechung informieren Saladin, Grundrechte, 119, 300 und neuerdings Weber, Eigentum als Rechtsinstitut, ZSR 97 I (1978) 162ff.

101) Vgl. dazu die Bemerkung von Esser, Vorverständnis, 127

102) Böckenförde, Grundrechtstheorie, 231

103) Bieback, 25

104) Böckenförde, a.a.O.; Bieback, 25. Zu den Konsequenzen für die Strafvollzugslehre Schüler-Springorum, 98f; hier ist auch J.P. Müllers Bemerkung in Grundrechtstheorie, 269 Anm. 11 einzuordnen, wonach der Ausdruck "institutionell" den Nachteil habe, "dass er die Vorstellung begünstigt, die Grundrechte würden lediglich durch soziale Determinierung oder gesetzliche Ordnung etablierte Institutionen (wie Ehe, Vereinswesen, Kommunikationssysteme, Eigentum) verfassungsrechtlich absichern". Vgl. auch die Bemerkung von Böckenförde zur institutionellen Deutung der Koalitionsfreiheit (Art. 9 Abs. 3 GG) durch das Bundesverfassungsgericht (BVerfGE 4, 96f; 20, 312f). Danach ist in Art. 9 Abs. 3 GG einmal ein Tarifvertragssystem i.S. des modernen Arbeitsrechts garantiert, zum anderen, als notwendiger Bestandteil eines solchen Systems, unabhängige und gegnerfreie arbeitsrechtliche Vereinigungen. "Daraus ergibt sich die interessante Konsequenz, dass eine

Man erinnert sich hier an G. Leibholz, der vor Tendenzen warnte, die die "Spannung zwischen Sein und Sollen" zugunsten eines soziologischen Positivismus aufheben wollen (105), der die Verfassungsnorm zur ausschliesslichen Disposition der jeweils gegebenen Verfassungswirklichkeit stellt.

Mir scheint hier auch der Ansatzpunkt jener berechtigten Kritik zu sein, die dem institutionellen Argument vorwirft, bei den Grundrechten "deren subjektiv-rechtliche Möglichkeiten durch die erdrückende Massivität institutioneller Globaldeutung zu verkürzen (106)": In der Tat besteht bei einer Konzeption, die davon ausgeht, dass die individuelle Freiheit die Freiheit als Institut vorfindet (107), die ihr "entsprechend der Eigenart des jeweiligen Lebensgebietes objektiviert als etwas Gegebenes und Ausgestaltetes gegenübertritt" (108), latent die Gefahr, dass die institutionell gewährleisteten Lebensverhältnisse oder Rahmenordnungen die subjektive Freiheit des Grundrechtsberechtigten verkürzen: Gegen sie findet, da sie ja als "ausgestaltende Lebensverhältnisse" zur institutionellen Freiheit gehören, kein Grundrechtsschutz statt (109).

Auch auf institutionellem Wege, allerdings mit inhaltlich umgekehrten Vorzeichen, will H. Willke, der Institution als "strategisches Scharnier" begreift, über "welches das Symbolsystem der Grundrechte gestaltende Kraft in der sozialen Wirklichkeit entwickeln kann" (110), die "innovativen Möglichkeiten der Grundrechte" voll ausschöpfen, um ihnen "zu grösstmöglicher Wirksamkeit zu verhelfen, also, auf eine Formel gebracht, die Menschenwürde der Bürger

(paritätische) Mitbestimmungsgestaltung, die die Arbeitgeber - und über sie die Arbeitgeberverbände - nicht mehr gegnerfrei hält, vermöge des institutionellen Garantiegehaltes von Art. 9 Abs. 3 GG abgeblockt ist". Vgl. zum Problem auch Mayer/Reich (Hrsg), Mitbestimmung contra Grundgesetz? Darmstadt 1975 und neuerdings das Mitbestimmungsurteil des BVerfGer, in dem es das sozialliberale Mitbestimmungsmodell als nicht gegen Verfassungssätze des GG verstossend erklärt (Der ungekürzte Urteilstext findet sich in EuGRZ 6 (1979) 121ff).

105) Leibholz, 279f

106) F. Müller Rechtsstaatliche Methodik, 276

107) Häberle, Wesensgehaltgarantie, 99

108) Böckenförde, Grundrechtstheorie, 229

109) Böckenförde, a.a.O., 232

110) Willke, 133

herzustellen und zu schützen und - im Interesse dieser Menschenwürde - die gesellschaftlichen Voraussetzungen einer materialen, funktionierenden Demokratie zu gewährleisten" (111): Die Grundrechtspraxis soll "effektiver, prospektiver und progressiver" werden (112).

Eine andere Richtung betont, dass die Institution "gerade im (protestantisch-) theologisch-juristischen Gespräch der Nachkriegszeit darum zentral geworden(ist), weil sie sich als 'Zwischen' von Naturrecht und positivem Recht anbot" (113); nach ihr lassen sich Leitsätze für die Umreissung des Wesenskerns einzelner Grundrechte nur "aus einer gefestigten, ausgewogenen, notwendig theologisch oder philosophisch begründeten Grundrechtstheorie gewinnen" (114).

Die erstaunliche Wandlungsfähigkeit der auf institutionellem Wege erzielbaren Ergebnisse belegen schliesslich eindrucklich die Resultate, die mit dieser Methode in der nationalsozialistischen Rechtserneuerungsdebatte erzielt worden sind.

G. Abel, der die Intention institutionellen Rechtsdenkens auf Selbstbindung der Staatsgewalt - somit auf die Ausrichtung, die es in der Weimarer Republik erhalten hatte - reduziert, kommt zum Schluss, es habe während der Jahre 1933 - 1945 seine Bedeutung

111) Willke, 207; in diesem Kontext wäre auch die Ansicht zu nennen, die institutionell verstandene Grundrechte und Sozialrechte in einem eigentlichen Verhältnis der Austauschbarkeit sieht; vgl. dazu Saladin, Funktion, 553; Scheuner, Funktion, 510, 513; J.P. Müller, Soziale Grundrechte, 826

112) Willke, 125; das heisst für Willke etwa, dass das Eigentum als Grundrecht garantiert ist, aber in den Grenzen der Art. 14 und 15 GG und nicht in den anachronistischen Bestimmungen des BGB. Hier lässt sich der 'Scharniercharakter' institutionellen Denkens deutlich aufzeigen: Methodisch ändert sich nichts daran, ob die Grundrechte unter Konsistenzforderungen ihres einfachgesetzlichen Unterbaus stehen (wie die Eigentumsgarantie in der konservativen institutionellen Deutung) oder ob umgekehrt dieser einfachgesetzliche Unterbau durch das Grundrecht dynamisiert wird. Das ist bereits ein erster Hinweis auf die Leerformelfunktion der Institution (Rüthers, Institutionelles Rechtsdenken, 19) und bestätigt ihre Offenheit für "ideologische Postulate und normative Unterstellungen des jeweiligen Interpreteten" (F.Müller, Rechtsstaatliche Methodik, 276).

113) Saladin, Grundrechte, 296

114) A.a.O., 366

verloren, da sich der totalitäre Führerstaat nicht mehr für gebunden halten konnte (115). Demgegenüber ist festzuhalten, dass der institutionellen Methode nach 1933 eine hervorragende Bedeutung zukam: mit der Auslegung aus völkisch verstandenen 'konkreten Ordnungen' (C. Schmitt) (116) und 'konkret-allgemeinen Begriffen' (K. Larenz) (117) wurden die aus der Weimarer Zeit herührenden normativen Gegebenheiten, die der NS-Gesetzgeber zu ändern zunächst kaum Zeit fand, auf die neue Weltanschauung ausgerichtet (118).

In der Sache selbst handelte es sich v.a. beim konkreten Ordnungsdenken C. Schmitt's um nichts anderes als die institutionelle Methode (119). Schmitt, einer der führenden NS-Staatsrechtler (120),

115) Abel, 25

116) Vgl.dazu Schmitts Darstellung ueber die 3 Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens, Hamburg 1934 und Rüthers, Unbegrenzte Auslegung, 277ff

117) Dazu Rüthers, a.a.O., 302ff

118) Rüthers, Institutionelles Rechtsdenken, 49f; zu den Einzelheiten ders. Die Unbegrenzte Auslegung, Tübingen 1968

119) Darauf weisen hin Rüthers, Unbegrenzte Auslegung, 278ff; Koch, 109; Wolf, 84; Forsthoff, Verwaltungsrecht, 165, Anm. 2; Hollerbach, 257 m.w.H.

120) Erstaunlich und bemerkenswert ist, wie wenig in der juristischen Diskussion nach 1945 die häufigen Bezüge auf Schmitt wie auch auf andere führende nationalsozialistische Rechtsdenker (vgl. etwa die aufschlussreiche Dokumentation von Ilse Staff, Justiz im Dritten Reich, Frankfurt/M 1978, 147ff und H. Treiber, Juristische Lebensläufe, KJ 12 (1979) 37ff) - weder unter inhaltlichen noch, was beinahe wichtiger wäre, unter methodischen Gesichtspunkten - problematisiert werden. Vgl. etwa Saladins Abgrenzung gegen die institutionelle Grundrechtsdeutung E.R. Hubers aus dem Jahre 1933 (in: Grundrechte, 298, Anm. 41) - zugleich ein Beispiel für die Austauschbarkeit der auf institutionellem Wege erzielbaren Resultate - und Forsthoff, Verwaltungsrecht, 165 Anm. 2; weitere Hinweise auf höfliches Schweigen, die das Geschehene eher als Betriebsunfall erscheinen lassen, denn als Ereignis, das in seinen sozioökonomischen und geistesgeschichtlichen Zusammenhängen untersucht werden müsste, bei Rüthers, Institutionelles Rechtsdenken, 10, 36, 49.

Kritische Würdigungen von Schmitt bei Schüle, Eine Festschrift, JZ 14 (1959), 729ff; aus der Schweiz: H. Huber in ZSR 78 I (1959) 431; vgl. auch Esser, Bemerkungen zur Unentbehrlichkeit des juristischen Handwerkszeuges, JZ 30 (1975), 557, der eine Problematisierung direkter Bezüge auf Gedanken C. Schmitt's fordert.

leitete sein konkretes Ordnungsdenken direkt von Hauriou's Institutionenlehre her (121). Die Kernthese des Schmitt'schen konkreten Ordnungsdenkens geht dahin, dass nicht die Norm die Ordnung schaffe, "sie hat vielmehr nur auf dem Boden und im Rahmen einer gegebenen Ordnung eine regulierende Funktion mit einem relativ kleinen Mass in sich selbständigen, von der Sache unabhängigen Geltens" (122). Zu der Frage, was die rechtliche Substanz der konkreten Ordnungen sei - worauf letztlich alles ankommt - äussert sich Schmitt nicht. Aus der andernorts gemachten Aeusserung: "Ueberall schafft der Nationalsozialismus eine andere Art Ordnung, die wir vor uns wachsen sehen: ... alle diese Ordnungen bringen ihr inneres Recht mit sich" (123) kann aber geschlossen werden, dass dem konkreten Ordnungsdenken ganz bestimmte rechtspolitische Prämissen zugrundeliegen. Die durch die neuen politischen Realitäten geformten konkreten Ordnungen werden für rechtlich verbindlich erklärt, die Methode ermöglicht die normative Anerkennung und Rechtfertigung der neuen nationalsozialistisch ausgeformten Wirklichkeiten und Wertvorstellungen (124).

Hierzu noch folgende Bemerkung: Jede Rechtsanwendung ist letztlich von der sozial, politisch und weltanschaulich fundierten Wertgrundlage der Gesamtordnung abhängig (125). Die darauf bezogene Methodenlehre wird denn auch gemeinhin als eine formale Theorie der Werteverwirklichung betrachtet (126) und daraus geschlossen, dass es letztlich unmöglich sei, mit den Mitteln juristischer Methodik Schranken gegen totalitäre Wertperversionen zu errichten (127).

-
- 121) Schmitt, Rechtswissenschaftliches Denken, 21, 45, 54; er führt auf S. 57 aus, dass ihn rein terminologische Bedenken davon abhalten, sein konkretes Ordnungsdenken als "institutionalistisch" zu bezeichnen.
- 122) A.a.O., 13
- 123) Schmitt, Nationalsozialistisches Rechtsdenken, Deutsches Recht, 1934, 228
- 124) Rüthers, Unbegrenzte Auslegung, 295
- 125) Dazu eingehend Rüthers, a.a.O., 434ff
- 126) Nachweise bei Rüthers, a.a.O., 435
- 127) Dazu wären nicht methodische, sondern materiale Massstäbe der Rechtsanwender notwendig. In dem Zusammenhang hebt Rüthers, a.a.O., 445 hervor, dass der Aufstand der Richter gegen ungerechte Verhältnisse zwar eine schöne Hoffnung sei, nicht aber einer historischen Standeserfahrung entspreche; vgl. auch Staff, 109ff.

Gerade für die Zeit des deutschen Faschismus sind hier aber Nuancen feststellbar: Auf institutionellem Wege konnte der tradierte Normenbestand mühelos den neuen politischen Machtverhältnissen angepasst werden; demgegenüber hat die Untersuchung der Rechtsprechung des preussischen Oberverwaltungsgerichtes durch W. Hempfer (128) gezeigt, dass die strenge Beachtung des positiven Gesetzes mit der damit implizierten Bindung des Richters an weitergeltende (129) rechtsstaatlich geprägte Gesetze tendenziell das Eindringen nationalsozialistischer Wertmassstäbe in die Rechtsanwendung zu verhindern geeignet war (130). Von daher ist auch ein vorschnelles Misstrauen gegenüber dem Positivismus - oftmals geäussert gerade mit Bezug auf die Jahre 1933-1945 - nicht gerechtfertigt (131). Wenn der Rechtsstaat (132) und das Legalitätsprinzip sich der Diktatur nicht wirksam entgegenstellen konnten - speziell dann, wenn es sich um vom NS-Gesetzgeber erlassene Gesetze handelte (133) - so ist doch zu vermuten, dass ein 'materiales Wertdenken' noch eher versagt hätte. Es ist nämlich nicht anzunehmen, dass die nach dem Zusammenbruch propagierten vorstaatlichen und naturrechtlichen Gedanken zum Zuge gekommen wären, sondern vielmehr - wie dies ja u.a. die institutionelle Methode ermöglicht hat - eben die damals herrschenden nationalsozialistischen Werte (134).

-
- 128) W. Hempfer, Die nationalsozialistische Staatsauffassung in der Rechtsprechung des preussischen Oberverwaltungsgerichtes, Berlin 1974
 - 129) Vgl. zum in weitem Umfang weitergeltenden Normenbestand Rüthers, Institutionelles Rechtsdenken, 49
 - 130) Hempfer, a.a.O., 104ff, 134, 178 - zumindest insoweit, als nicht unbestimmte Rechtsbegriffe und Generalklauseln in Frage standen, dazu 134.
 - 131) Zahlreiche Hinweise auf Autoren, die in der rechtstheoretischen Diskussion der Nachkriegszeit leitmotivisch die These vertraten, die Weimarer rechtspositivistische Lehre vom unbefragt hinzunehmenden Gesetz habe die Justiz wehrlos gemacht bei Maus, 37 Anm. 74
 - 132) Zu den Stationen seiner Eliminierung, Staff, 40ff
 - 133) Vgl. zur Stossrichtung der NS-Gesetzgebung, Staff 40ff
 - 134) Vgl. Merten, Die Bindung des Richters an Gesetz und Verwaltung, DVBL (1975) 679.
Gegen den Positivismus in der Rechtsanwendung kann - ungeachtet anderer Vorbehalte, die gegen ihn bestehen - gerade angesichts der Erfahrungen mit der Justiz in den Jahren 1933-1945 nichts hergeleitet werden:
- Zunächst kann mit Maus, 39, angemerkt werden, dass ein strikter Gesetzespositivismus auf den Inhalt von im Verordnungswege ergehenden nationalsozialistischen 'Gesetzen' sich gar nicht erst einzulassen brauchte. Sein Verdikt gegen sie liegt schon darin, dass sie nach seiner 'formalistischen' Auffassung eben überhaupt keine Gesetze sind.
- Nationalsozialistische Gesetze waren dadurch gekennzeichnet, dass sie richterlichem Ermessen (und damit ja eigentlich auch dem 'richtigen' materialen Wertverständnis!) besonders grosse

Es entspricht letztlich einer naiven und ahistorischen Betrachtungsweise, aus der Erfahrung mit der Justiz des NS-Staates etwas für ein materiales (Verfassungs-)Wertdenken ableiten zu wollen.

Das institutionelle Rechtsdenken erweist sich - dies ein erster Einwand - als eine Methode, mit der beliebig austauschbare Inhalte vertreten werden können: sie kann bestehende soziale Sachverhalte und Machtstrukturen legitimieren oder bekämpfen - und das mit dem Anspruch auf normative Verbindlichkeit.

Die zugrundegelegten Wertüberzeugungen sind für das praktische Ergebnis zwar entscheidend, methodisch aber von sekundärer Bedeutung: sie können ausgewechselt werden, ohne dass die Auslegungsmethode davon betroffen wird (135).

Wir stellen uns auf den Standpunkt, dass durch die konstatierte Austauschbarkeit der Inhalte die Methode selbst suspekt geworden ist; dies im Gegensatz etwa zu Schnur (136), der durch die auch von ihm gesehenen Missbräuche nicht die Methode selbst gefährdet sieht, sondern zwischen durch Hauriou nicht mehr "gedeckten Formen" (womit C. Schmitt anvisiert ist) und "eigenständigen Weiterentwicklungen" (beispielsweise durch Gehlen) unterscheidet. Diese zu kurz greifende Unterscheidung scheint mir am Problem der institutionellen Methode (137) vorbeizugehen.

2. Funktionsanalyse institutioneller Argumentation

Die Dynamisierung der institutionell gedeuteten Norm durch ihre Oeffnung gegenüber sozialem Substrat und - austauschbaren - tragenden Grundgedanken führt - von rechtstaatlicher und funktionell-rechtlicher Warte aus gesehen - zu nicht unbedenklichen Konsequenzen: Der Rückgriff auf das soziale Substrat bewirkt "unbegrenzte Offenheit für neu auftretende, soziale, technische wirtschaftliche

134) Fortsetzung

Spielräume einräumten (durch Begriffe wie "gesundes Volksempfinden", "Gemeinwohl", "Interesse der deutschen Volksgemeinschaft" u.ä.; vgl. dazu Staff, 59); sie boten insoweit positivistischem Buchstabenglauben ohnehin keine Handhabe mehr. In der NS-Rechtsliteratur wurde allgemein die sparsame positiv-rechtliche Regelung zugunsten allgemeiner, dem Richter grosse Vollmachten gebenden Leitgedanken gerühmt. Vgl. die Nachweise bei Maus, 38, Anm. 75.

135) Rüthers, Institutionelles Rechtsdenken, 36

136) Schnur (Hrsg), Die Theorie der Institution und der Gründung, Berlin 1965, 22ff

137) Nicht als soziologischer Forschungsansatz, wohl aber als (juristische) Methode der Rechtsanwendung.

und politische Tatsachen" (138), gleich wie Bezüge auf weltanschauliche Wertvorstellungen die Normen an einen Wandel der zentralen Gerechtigkeitsvorstellungen anpassen oder aber dem Interpretieren die Möglichkeit geben, seine ausserrechtlichen Wertungen unkontrolliert zu Normen zu überhöhen (139).

Der Versuch, durch Denken in Institutionen Brücken zwischen normativen und realen Elementen zu schlagen, zielt über die Norm hinaus (140) und erzeugt letztlich neue Rechtsnormen: Aus dem veränderten Sein der sozialen und politischen Aussenwelt oder einem veränderten Wertbewusstsein wird mit Hilfe des Institutionsbegriffes ein verändertes verbindliches Sollen, also eine Rechtsnorm abgeleitet (141).

Dies wird weithin kritisch vermerkt. J. Esser hebt hervor, dass der Begriff Institution keinen selbständigen Erkenntniswert hat, dass vielmehr die Gefahr besteht, einerseits "Evidenzgründe vernünftiger Regelung aus dem Aussenbereich komplexer Erwägungen in das scheinbar historische Bild des Rechtsinstitutes "hineinzuprojizieren, andererseits bei der Berufung auf "Sinn und Zweck einer Institution auf vorpositive Gesichtspunkte durchzugreifen" (142). R. Herzog hält die Konzeption für eine *petitio principii*, "da sie aus den Grundrechten bestimmte Dinge, die sich bei ihnen bei einer Deutung als Grundrechte ... nicht herleiten lassen, trotzdem herleiten (will), indem sie die einschlägigen Artikel noch einer zweifachen rechtstheoretischen Kategorie (gemeint sind: Grundrechte als institutionelle Garantie, D.T.) zuteilen" (143). B. Rüthers schliesslich hat in seiner breit angelegten Studie nachgewiesen, dass auf institutionellem Wege entweder die normative Kraft des Faktischen oder die normative Kraft des Ideologischen nachgewiesen werden kann (144, 145).

Diese kritischen Anmerkungen sind nach zwei Richtungen hin zu verdeutlichen.

138) Rüthers, a.a.O., 43

139) Chlosta, 61

140) F. Müller, Juristische Methodik, 89

141) Rüthers, Institutionelles Rechtsdenken, 45

142) Esser, Vorverständnis, 127

143) Herzog, Grundrechte, 70

144) Rüthers, Unbegrenzte Auslegung, insbes. 270ff, 322ff

145) Weitere kritische Stellungnahmen bei Reh binder, Presserecht, 23; Klöpfer, 14 Anm. 72; Denninger, JZ 27 (1972), 424, ders., Freiheitsordnung, 547; Martens, Grundrechte, 32ff; Abelein, 27; Kratzmann, 107ff; Fleiner, Informationsfreiheit, 389; vgl. neuerdings auch Mastronardi, 164.

a) Das institutionelle Argument als Kryptoargument

Wir haben bereits festgestellt, dass das Ideal der herkömmlichen juristischen Hermeneutik, die Ermittlung eines wirklichen Willens des Normtextes mit anschliessendem syllogistischem Schluss, nicht als adäquate Beschreibung des Rechtsanwendungsaktes betrachtet werden kann. Vielmehr ist davon auszugehen, dass nur mehr oder weniger zahlreiche Anhaltspunkte für die Entscheidung des zu lösenden Problems gegeben sind (146). Das gilt insbesondere auch für die Frage, ob und wann aus Grundrechten subjektive Leistungsansprüche abgeleitet werden können. Hier wie anderswo ist davon auszugehen, dass Entscheidungsalternativen bestehen (147), dass es sich um den Versuch einer Normkonkretisierung handelt, der volitive Elemente enthalten und von spezifischen rechtspolitischen Ueberlegungen getragen sein kann.

Dieser Sachverhalt, der aus der Sicht einer "rechtsstaatlichen Methodik" (148) offengelegt und rationaler Kontrolle zugänglich gemacht werden muss - weil er sich nur so disziplinieren lässt - verschwindet im "Nebel des Institutionellen" (149). Das institutionelle Argument, anknüpfend an "Sinn und Zweck", an "Leitideen" von Normen, gibt als Rechtsanwendung aus, was längst über die Norm hinausgeht (150). Das geschieht vor allem dort, wo eine Entscheidung, die von (rechts-)politischen Ueberlegungen keineswegs frei ist, als eine streng juristische respektiert und verantwortet werden soll (151). Das institutionelle Argument erweist sich als Kryptoargument (152), das die Bekanntgabe der wirklich massgebenden Entscheidungsgründe verhindert. Es widerspricht damit den Forderungen, die der Rechtsstaat an eine juristische Begründung stellt: "Entscheidungen sind nach Tenor und Motiven of-

146) Hesse, Grundzüge, 23

147) Esser, Vorverständnis, 127

148) Dazu F. Müller, Rechtsstaatliche Methodik, 271ff

149) Bettermann, DVBL 78 (1963) 42

150) Rüthers, Institutionelles Rechtsdenken, 52

151) Esser, Vorverständnis, 127

152) Vgl. zum Begriff Scheuerle, 430

fen und öffentlich" (153).

b) Funktionellrechtliche Problematik

Der "spezifische Brückenschlag vom Normativen zum sozialen Substrat" (154) führt zu einer methodisch unklaren Lockerung der Gesetzesbindung des Richters. Auf institutionellem Wege können alte Normen korrigiert und neue produziert werden, wie das ständig sich wandelnde Wesen der Institution es verlangt (155). Das Auslegen aus Institutionen, das die Grenze zwischen regelungsbedürftigem Sachverhalt (resp. ausserpositiven Werterwägungen) und regelnder Rechtsnorm verwischt, wird zu einer "Wunderwaffe der Rechtsfortbildung" (156), d.h. der interpretativen Rechtserneuerung (157).

Damit ist freilich angesprochen, was nicht nur bei der institutionellen Methode, sondern generell bei der Rechtsanwendung als Problem erkannt ist: der (auch) rechtsfortbildende und rechtsschöpferische Charakter der Rechtsanwendung lässt sich nicht verdrängen (158). Gera-

-
- 153) Scheuerle, 431; auch F. Müller, Rechtsstaatliche Methodik, 276, sieht "die interpretative Rationalität, wissenschaftliche Kontrollierbarkeit, rechtsstaatliche Präzision durch institutionell formulierte Argumentationsmuster" gefährdet. Insoweit sind hier die gleichen Vorbehalte anzubringen wie gegenüber einem Verständnis der Grundrechte als objektive Wertordnung (§ 4 III). Denninger, Freiheitsordnung, 545, hebt insoweit die Konvergenz von institutionellem und wertbezogenem Ansatz hervor.
- 154) Häberle, Allgemeine Staatslehre, Verfassungslehre oder Staatsrechtslehre, ZfP 12 (1965) 392
- 155) Rüthers, Institutionelles Rechtsdenken, 48
- 156) Rüthers, a.a.O.
- 157) Rüthers, a.a.O.; in dem Zusammenhang erscheint auch nicht mehr als zufällig, dass Savigny den Institutsbegriff im Rahmen seiner Rechtsquellenlehre abhandelt, vgl. Savigny, System des heutigen Römischen Rechts, Bd. 1, Berlin 1840, 19ff.
- 158) Zur Unabwendbarkeit der Rechtschöpfung bei der Rechtsanwendung etwa P. Römer, Kleine Bitte um ein wenig Positivismus, in: Abendroth u.a., Der Kampf um das Grundgesetz, Frankfurt/M, 1977, 87ff; ebenso H.P. Schneider, Gesetzmässigkeit, 447 (beide mit Hinweisen)

de die Ergebnisse der neueren juristischen Methodenlehre machen deutlich, dass Rechtsauslegung und Rechtsfortbildung nicht rigoristisch zu trennen sind (159), damit wird allerdings auch die präzise Funktionsabgrenzung von Rechtsprechung und Gesetz- resp. Verfassungsgebung schwierig (160). Der Richter hat nicht nur bei der Gesetzesergänzenden Lückenfüllung, sondern bei jeder Normkonkretisierung Interessen zu bewerten; er muss jedesmal bezüglich der anzuwendenden Normen und Methoden selektiv verfahren und auf diese Weise wirkliches Recht überhaupt erst herstellen (161, 162).

159) F.Müller, Arbeitsmethoden, 161; Bachof, Grundgesetz und Richtermacht, 1959, 8

160) Schneider, Gesetzmässigkeit, 447

161) Schneider, a.a.O.; deshalb trifft die Bezeichnung Konkretisierung den Vorgang besser als Auslegung oder Interpretation.

162) Der richterliche Spielraum ist im Bereich von Generalklauseln und unbestimmten Rechtsbegriffen besonders gross. Zu Wertentscheidungen aufgerufen, steht der Richter vor der Aufgabe, das Recht forzubilden. Es darf nicht verkannt werden, dass dieser funktionellrechtlich nicht unbedenkliche Vorgang durch den Gesetzgeber selbst gefördert wird, wenn er sich notwendigen Gestaltungsaufgaben mit einer - in der BRD stark beklagten - "Flucht in die Generalklauseln" entzieht. (Vgl. dazu Zeidler, Richter und Verfassung, DÖV 24 (1971) 14; Wassermann, Politisierung der Rechtsprechung, DRZ 48 (1970) 80)

Schneider, Gesetzmässigkeit, 480, sieht darin ein Stück legitimer Delegation von Rechtsetzungskompetenzen an den Richter, denn über die Allgemeinheit oder Besonderheit des Normtextes entscheide ausschliesslich der Gesetzgeber. Wähle er eine weite Formulierung, so sei der Richter "nicht nur befugt, sondern geradezu genötigt, im Wege stufenweiser Konkretisierung die praktische Entscheidungsnorm selbst zu bilden - ein Akt der Rechtschöpfung 'intra legem'".

Je enger hingegen der Normtext gefasst ist, desto geringer wird der Wertungsspielraum des Richters. Der Grad richterlicher Bindung, damit auch das Ausmass legitimer Rechtsfortbildung, hängt somit ganz entscheidend von der Normdichte ab. Das Problem der interpretativen Rechtsfortbildung kann deshalb wohl kaum generell, sondern immer nur vor dem Hintergrund der jeweiligen Normstruktur angegangen werden.

Dazu eingehend F. Müller, Juristische Methodik, 78f, (vor allem zur Bindung, die sich aus der Struktur der Verfassungsnormen ergibt).

Diese Probleme müssen einer an rationalen Kriterien orientierten Fragestellung zugeführt werden, auch wenn beim heutigen Stand der Diskussion mit endgültigen Antworten noch nicht zu rechnen ist. Die institutionelle Methode scheint eine solche Fragestellung eher zu erschweren. Wenn wir an ihrer Charakterisierung als einer Methode festhalten, die in einem als Rechtsanwendung bezeichneten Vorgang aus dem veränderten Sein der sozialen und politischen Aussenwelt ein verändertes Sollen ableitet (163), so werden damit schon vom Ansatz her die rationalisierenden und damit bremsenden Elemente ausgeschaltet, die angesichts der Schwierigkeit, zwischen Rechtsanwendung und Rechtsschöpfung zu trennen, so bitter notwendig wären - gerade unter dem Gesichtspunkt funktionell-rechtlicher Klarheit: Denn richterliche Rechtsetzung begegnet im demokratischen Staat dem schwerwiegenden Einwand fehlender demokratischer Legitimation (164) und ist geeignet, die politischen Mitbestimmungsrechte des Bürgers zu verkürzen (165).

Sie ist auch rechtsstaatlich problematisch: Der Richter muss dar- tun, dass die von ihm gesetzte Entscheidungsnorm der Rechtsnorm, auf die er sich beruft, zuzurechnen ist (166), erst dann ist sie 'konstitutionell'. "Diese Bindung überschreitende (Entscheidungs- normen) sind nicht nur nicht legal, sondern im systematischen Sinne auch nicht gerechtfertigt, nicht legitim. Der Sache nach ist ein rechtswidriges Urteil "aktuelle", das heisst "blosse Gewalt"; es ist Herrschaft der Menschen (oder eines Kollegiums) über andere Menschen, nicht mehr Herrschaft "des" Rechts als einer den Rechts- staat systematisch legitimierenden abstrakten Instanz" (167).

3. Exkurs: Elemente zur Bestimmung des Verhältnisses von Normativität und Normalität

Unser Problem, die Klärung des Verhältnisses von Rechtsanwendung, Rechtsfortbildung und Rechtsetzung, hängt mit der Frage zusammen, wie Normativität und Normalität einander zugeordnet werden sollen,

163) Und damit -zu Ende gedacht - die Gesetzgebung überflüssig macht.

164) Merten, 682

165) Hier kommt wiederum der in BGE 103 Ia 383 angesprochene enge Zusammenhang von Demokratie und Gewaltenteilungsprinzip zum Ausdruck.

166) Vgl. zur Unterscheidung der beiden Begriffe F. Müller, Normstruktur, 116f und ders. Arbeitsmethoden, 171f.

167) F.Müller, Politisches System, 81

denn davon hängt letztlich ab, ob überhaupt und inwieweit sich sozialer Wandel in einem Bedeutungswandel von Verfassungsnormen niederschlagen kann. Dazu aus einer umfangreichen Literatur (168) einige Gesichtspunkte aufzuzeigen, scheint notwendig für eine nachprüfbare Abgrenzung gegenüber der institutionellen Methode, die sich gegenüber den sozialen Sachverhalten als sehr offen erwiesen hat; darüber hinaus handelt es sich um das "Kernproblem der Verfassungstheorie" (169) und kann Hinweise geben für die Frage, inwieweit die vor allem in § 2 beschriebene Veränderung der Wirklichkeit für eine leistungsorientierte Grundrechtsdeutung relevant werden darf.

Es ist darauf hinzuweisen, dass mit der hier thematisierten Frage eine Frage mit eminent politischem Charakter angesprochen ist. Die Auflösung der Spannung zwischen Legal- und Sozialstruktur ist nach 2 Richtungen hin möglich: Je nach ihrem Ort in der "politischen Topographie" (170) werden sich verschiedene Ansichten dahingehend unterscheiden lassen, ob die Soziologisierung des Rechtes lediglich die fließende Anpassung formaler Rechtsstrukturen an die Entwicklungsbedingungen des modernen Industriesystems meint, oder ob umgekehrt eine Einlösung demokratischer Momente der Rechts- und Verfassungsstruktur auch in der gesellschaftlichen Realität angestrebt wird (171).

Ein historischer Rückblick auf Konzeptionen, die sich mit dem Verhältnis von Wirklichkeit und Norm befasst haben, zeigt zunächst, dass zwei Ansätze, die sich im Grundsätzlichen diametral gegenüberstehen, in ihren Ergebnissen schliesslich konvergieren. Der staatsrechtliche Positivismus in den Lehren P. Labands und G. Jellineks ging von einer strengen Trennung von Normativität und Normalität aus (172). Das Problem eines rechtlich-relevanten, die Rechtsnorm unmittelbar gestaltenden sozialen Wandels taucht

168) Vgl. die bibliographischen Hinweise bei Dreier/Schwegmann, 337 f

169) Smend, 188

170) Maus, 8

171) Maus, 8

172) Vgl. dazu die Darstellungen bei Fiedler, 26ff und Hesse, Verfassungswandlung, 128ff: Kelsen betont: "Norm und normierte Wirklichkeit stehen beziehungslos nebeneinander" vgl. Kelsen, Was ist juristischer Positivismus? JZ 20 (1965), 465

nicht auf; die Gründe für die Fortentwicklung einer Norm wurden "wie kaum erwähnt zu werden braucht, nur zum kleinen Teil (als) juristische" betrachtet (173).

Die strenge Trennung führt paradoxerweise nicht zu einer Stärkung des Normativen, sondern im Gegenteil zur Kapitulation vor der Macht der Fakten (174), denn Konsequenz dieser Trennung ist, dass die Realität, deren Aenderung nicht ohne Einfluss auf die Norm ist, zu einer ausserjuristischen Grösse wird (175), der gegenüber allenfalls eine - juristische Hilflosigkeit signalisierende - deskriptiv-konstatierende Betrachtungsweise möglich bleibt (176). Trotz "methodischer Scheidung" wirkt die Wirklichkeit in einer nur politisch, nicht aber juristisch nachvollziehbaren Weise auf die Norm ein; der Versuch einer rechtlichen Einbindung kann von dieser Position schon vom Ansatz her nicht unternommen werden (177). Ihr bleibt übrig, Zustände festzustellen, "in denen Recht und Faktum, sonst voneinander streng zu scheiden, ineinander übergehen" (178) und die Schlussfolgerung zu ziehen, dass "Rechtsätze unvermögend sind, staatliche Machtverteilung tatsächlich zu beherrschen. Die realen politischen Kräfte bewegen sich nach ihren eigenen Gesetzen, die von allen juristischen Formen unabhängig wirken" (179). Das Faktische schlägt unkontrolliert durch, massgebend bleibt - nach einem Wort G. Jellineks - das "fait accompli" (180). Vor allem von Seiten der Integrationslehre ist gegen Ende der Weimarer Republik das "unklare Neben- und Gegeneinander der geschriebenen Verfassung und der wirklichen soziologischen Kräfte" in der positivistischen Staatsrechtslehre kritisiert worden (181). Das

173) Laband, Die geschichtliche Entwicklung der Reichsverfassung seit der Reichsgründung, JöR 1 (1907) 3

174) Hesse, Verfassungswandlung, 137

175) A.a.O., 131

176) Fiedler, 29

177) Hesse, a.a.O., 131

178) Jellinek, Verfassungsänderung und Verfassungswandel, Berlin, 1906, 21

179) a.a.O., 12

180) a.a.O., 21

181) Smend, 188

Problem des Bedeutungswandels einer Norm, insbesondere der Verfassungswandel, erscheint bei R. Smend nicht mehr als Problem der Spannung von Sein und Sollen, sondern "als Frage der spezifischen Substanz des Staates, als Gegenstand rechtlicher Regelung durch seine Verfassung" (182).

Das wird verständlich, wenn man sich den Ausgangspunkt der Integrationslehre vor Augen hält. Für sie ist die Verfassung auf Einheitsbildung, auf Integration gerichtet (183). In diesen dauernd zu erfüllenden Integrationsprozess werden die "soziologischen Kräfte" einbezogen (184), ihre Veränderung kann zu Einwirkungen und zum Wandel der Verfassung führen. Regulatives Prinzip solcher Geltungsfortbildung ist die Erfüllung des Sinnes der Verfassung als Integrationssystem (185). Dabei ist aufschlussreich, wie die Verbindlichkeit einzelner Verfassungsnormen im Rahmen dieses dauernd zu erfüllenden Integrationsprozesses beurteilt wird. Dazu hat sich insbesondere Hsü Dau-lin - ausgehend von Smends Integrationslehre - geäußert (186).

Soll die Verfassung ihre integrierende Funktion erfüllen, so muss sie mit der fortschreitenden Lebensrealität des Staates Schritt halten: "Wo die Lebensnotwendigkeiten des Staates in Frage stehen, da sind die Normierungen einer rechtlichen Regelung nur noch von sekundärem Wert; denn der Sinn der Verfassung ist doch die Erfassung des Staates als Lebenstotalität und nicht die Fixierung einzelner starre heteronome Geltung heischender Rechtssätze, und so muss eine Erfüllung dieser von der Notwendigkeit diktierten Aufgaben, trotz einzelner Abweichungen von den geschriebenen Rechtsnormen, dem Sinn auch der Verfassung eher entsprechen als ein paragraphentreues, aber im Erfolg mangelhaftes Verfassungsleben" (187).

Die Integrationslehre trennt zwar Norm und Wirklichkeit nicht mehr wie der Positivismus. Das ausführliche Zitat zeigt aber, dass ein Zusammenfallen von Verfassungsrecht und Wirklichkeit in dem Sinne,

182) Smend, 188; zum folgenden auch Hesse, Verfassungswandlung, 131ff und Fiedler, 34ff

183) Smend, 189

184) Smend, 188f

185) Hesse, a.a.O., 132

186) Hsü Dau-Lin, Die Verfassungswandlung, Berlin, 1932

187) a.a.O., 162

dass die politische Wirklichkeit in Gestalt der "Lebensnotwendigkeiten des Staates über das Medium des 'Sinns' der Verfassung in pauschaler Ineinssetzung zum Bestandteil der Verfassung wird" (188), zu keinem anderen Ergebnis führt: Der Norminhalt weicht zwar nicht der reinen Faktizität, sondern jenem höheren Sinn der Verfassung, dieser aber bestimmt sich nach den Lebensnotwendigkeiten des Staates (189), was letztlich, wie beim Positivismus, auf eine simple normative Kraft des Faktischen hinausläuft.

Von der positivistischen und integrationstheoretischen Richtung hebt sich weiterführend H. Hellers Position ab. Gegenüber dem Positivismus betont Heller, dass die Verfassung "als bloss normatives Sinngebilde, ohne Rücksicht auf die positiv bewertete gesellschaftliche Normalität " (190) immer zu wenig besage. Die Verfassung bilde ein Ganzes, in dem Normalität und Normativität in einem Verhältnis gegenseitiger Ergänzung zueinander stünden (191), wesentlich sei, dass die Spannung von Sein und Sollen niemals einseitig verstanden werden dürfe, weder nach der normativen noch nach der realen Seite hin (192). Grenze jeder Zuordnung stelle die Normativität dar (193).

Heller betont zwar die korrelative Zuordnung von Wirklichkeit und Norm (194), aber auch er vermag für die letztlich entscheidende Frage, wie diese Zuordnung im einzelnen zu vollziehen ist, wo die Gewichte zu setzen sind, keine klaren Anhaltspunkte zu geben.

188) Hesse, Verfassungswandlung, 137

189) Zu den von der Integrationslehre konkret formulierten Lebensnotwendigkeiten im einzelnen Perels, Grenzmarken der Verfassung, KJ 10 (1977) 376ff

190) Heller, Staatslehre, 257

191) A.a.O., 257ff

192) A.a.O., 185

193) Vgl. auch Hesse, Verfassungswandlung, 136

194) Heller begreift dies als dialektisches Verhältnis: "Jede Theorie, die ausgeht von der Alternativität Recht oder Macht, Norm oder Wille, Objektivität oder Subjektivität erkennt den dialektischen Bau der staatlichen Wirklichkeit und ist bereits in ihrem Ausgangspunkte verfehlt" (Staatslehre, 277, vgl. auch 64).

An diesem zentralen Punkt kann m.E. Friedrich Müllers "hermeneutische Rechtsnormtheorie" (195) zusätzlich rationalisierende Gesichtspunkte liefern.

Die Kernthese von F. Müllers Ansatz, der entwickelt worden ist vor dem Hintergrund einer ins einzelne gehenden Analyse der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes (196), geht dahin, dass soziologische Gehalte als Konstituens der Normativität zu erfassen seien (197).

Nach dieser Normtheorie ist zunächst von einer "Nichtidentität von Normtext und Norm" auszugehen (198). Der Wortlaut stellt nur die "Spitze des Eisberges" dar (199). Nach Müller drückt der Wortlaut das "Normprogramm" aus, "den herkömmlich so verstandenen Rechtsbefehl" (200). Gleichrangig und die Normativität mitkonstituierend gehört zur Norm der Normbereich, d.h. "der Ausschnitt sozialer Wirklichkeit in seiner Grundstruktur, den sich das Normprogramm als seinen Regelungsbereich ausgesucht hat" (201). Insbesondere im Verfassungsrecht zeige sich deutlich, "dass eine Rechtsnorm kein gegenüber ihrem Regelungsbereich

-
- 195) So die Bezeichnung von F.Müller in: Arbeitsmethoden, 145f. Vgl. dazu insbesondere F. Müller, Normstruktur und Normativität, Berlin 1966; ders. Juristische Methodik (2. A), Berlin 1976; ders. Arbeitsmethoden des Verfassungsrechtes, in Enzyklopädie der geisteswissenschaftlichen Arbeitsmethoden, Hrsg.v.M. Thiel Bd. 11, München und Wien 1972, 123ff; im folgenden zitiert nach dem Sammelband F. Müller, Rechtsstaatliche Form, Demokratische Politik, Berlin 1977, 145ff
- 196) In: Normstruktur, 114ff. Im folgenden wird nur auf den hier besonders interessierenden Aspekt des Verhältnisses von Recht und Wirklichkeit eingegangen. Zum Ensemble der Müller'schen Normkonkretisierungselemente, das sich neben den hier zu untersuchenden Normbereichselementen aus den überkommenen methodologischen Elementen im engeren Sinne (grammatisches, systematisches, historisches, genetisches und teleologisches Element) sowie aus dogmatischen, Theorie-, lösungstechnischen, rechts- und verfassungspolitischen Elementen in einer spezifischen Hierarchie zusammensetzt, siehe die zusammenfassende Darstellung in Arbeitsmethoden, 164ff und vorne § 3 II Anm.6ff.
- 197) Ders. Arbeitsmethoden, 165
- 198) Ders. Arbeitsmethoden, 165; Normstruktur 147ff
- 199) Ders. Arbeitsmethoden, 165
- 200) A.a.O., 168
- 201) A.a.O.

isolierbares, "hypothetisches Urteil" ist, keine der Wirklichkeit autoritär übergestülpte Form, sondern eine ordnende und anordnende Folgerung aus der Sachstruktur des geregelten Sachbereichs selbst. Dementsprechend erweisen sich "normative" und "empirische" Elemente (...) im Vorgang praktischer Rechtsanwendung als vielfach aufeinander angewiesen und damit als von gleichrangiger normativer Wirkung. Innerhalb des tatsächlichen Vorgangs praktischer Rechtskonkretisierung sind "Recht" und "Wirklichkeit" keine selbständig je für sich bestehende Größen" (202). Der Normbereich ist Sachbestandteil der Rechtsvorschrift selber.

Man mag nun fragen, wo hier die Unterschiede zur institutionellen Methode liegen: F. Müller bezeichnet empirische Elemente als Konstituens der Normativität; damit scheint schon vom Ansatz her eingebaut, was wir als Hauptproblem des institutionellen Arguments betrachtet haben: Die Verwischung der Grenzen von Norm und zu regelndem Sachverhalt.

Es kann nun aber nicht darum gehen, durch die Forderung einer strikten Trennung von Recht und Wirklichkeit auf Positionen des juristischen Positivismus zurückzufallen, gefordert ist vielmehr, dass die unvermeidlichen Bezüge auf das Faktische (203) beim Konkretisierungsakt in einem rationalen Vorgang vollzogen werden.

Auch das institutionelle Rechtsdenken will dem unrichtigen Dualismus von Recht und Wirklichkeit entgehen, es bezahlt dafür aber einen zu hohen Preis. Ein auch subtil ausgearbeitetes Denken in Institutionen bleibt auf nicht näher rationalisierte Brückenschläge zwischen Norm und Faktum angewiesen.

Zwar hebt Willke hervor, dass die institutionelle Methode als eine "Norm und Wirklichkeit integrierende Behandlung" fähig sei, ihr Verhältnis zu klären oder zumindest das zugrundeliegende Vorverständnis ihres Verhältnisses offenzulegen (204). Darin liegt aber genau das Problem: Von institutioneller Seite wird als Vor-

202) A.a.O., 168ff

203) Deren Unvermeidbarkeit hat insbesondere F. Müller in konkreter Analyse der Rechtsprechung nachgewiesen, vgl. Normstruktur, 114ff

204) Willke, 131

zug der Methode die Betonung des Wechselverhältnisses von Sein und Sollen betont, diene es doch dazu, das Recht gegenüber der Wirklichkeit zu öffnen (205). Der Verdacht, hier werde einer simplen normativen Kraft des Faktischen das Wort geredet, wird aber entschieden zurückgewiesen: Forsthoff sieht die Gefahr einer Unterwerfung unter die Wirklichkeit durch die "Bindung an die tragenden Rechtsgedanken hinreichend" gebannt (206), auch Häberle möchte die zwar auf "das fließende geschichtliche Leben" bezogene Norm nicht der Faktizität opfern (207) und betont deren Eigenleben (208).

Doch wie im Verfahren der Normkonkretisierung Norm und Wirklichkeit zusammengeführt werden sollen, auf welches Element der Akzent zu legen ist, bleibt letztlich offen. Wie lange ist ein Rechtsgedanke tragend, und vor allem, um welche Rechtsgedanken handelt es sich? Die in der Verfassung positivierten können es ja schwerlich sein, sonst wäre die postulierte Offenheit des Spannungsverhältnisses von Normalität und Notmativität einseitig zugunsten des Normativen aufgelöst. Letztlich bestimmen die weltanschaulichen, metajuristischen Massstäbe des Interpreten, wie das Spannungsverhältnis aufgelöst wird (209).

F. Müller bleibt nun nicht bei der Feststellung, dass der Normbereich Konstituens der Normativität ist, stehen, sondern prüft, auf welche Weise Elemente der sozialen Wirklichkeit bei der Normkonkretisierung wirksam werden dürfen (210).

Ausschlaggebend ist, dass an realen Elementen für die Konkretisierung nur berücksichtigt werden darf, was sich als Element des Normbereichs erweist.

205) Forsthoff, Verwaltungsrecht, 166; vgl. auch Häberle, Wesensgehaltgarantie, 171; Rupp, 174

206) Forsthoff, a.a.O., 166

207) Häberle, a.a.O., 217

208) Häberle, a.a.O., 169

209) Chlosta, 56f

210) Müller, Thesen, 259

Zunächst ist davon auszugehen, dass jede Norm Gegebenheiten der sozialen Welt betrifft. "Aus dem Ganzen der von einer Vorschrift betroffenen Gegebenheiten, dem von ihr zu regelnden Ausschnitt an Wirklichkeit, dem "Sachbereich", hebt die vor allem mit den überlieferten Hilfsmitteln auszulegende gesetzliche Anordnung, das "Normprogramm", den Normbereich als integralen Bestandteil der Vorschrift heraus. Er ist folglich kein Konglomerat sachlicher Gegebenheiten, sondern ein als realemöglich formulierter Zusammenhang von Strukturelementen, die unter dem auswählenden und wertenden Gesichtspunkt des Normprogramms aus der sozialen Realität gewonnen werden ..." (211).

Ausschlaggebend ist demnach, dass im Tatsächlichen wurzelnde Sachelemente nur insoweit zum Normbereich gehören, "als sie sich bei der Konkretisierung der Norm (...) als unentbehrliche Bestandteile konkreter Normativität nachweisen lassen" (212).

Hier liegt gegenüber der institutionellen Methode das Mehr an Rationalität: Mit der Unterscheidung von Sachbereich und Normbereich vermag die strukturelle Normtheorie zwar nicht zugleich aufzuzeigen, was welchem Bereich zuzurechnen ist (213), sie garantiert insoweit keine 'richtigen' Ergebnisse und schliesst für die Frage der Zuordnung wertende Stellungnahmen nicht aus (214). Durch die Unterscheidung von Sachbereich, Normbereich und Normprogramm rationalisiert sie aber die Applikation von Normen, indem sie die Zahl der begründungsbedürftigen Gesichtspunkte erhöht. Insbesondere unterliegt die Behauptung der Zugehörigkeit von Sachbereichselementen zum Normbereich einem "detaillierten Begründungs- und Darlegungszwang" (215).

211) A.a.O., 267

212) Worauf es bei diesem Nachweis ankommt, mag folgendes Zitat verdeutlichen: "Nicht der Sachbereich steht zur Erörterung, sondern der Normbereich, also nicht allein ein sachlich umschriebener Sektor menschlicher Wirklichkeit und Wirksamkeit, sondern die aus der Unbegrenztheit 'natürlicher' Sachgesetzlichkeit durch die steuernde Wirkung normativer Anordnung herausgehobenen rechtlich relevanten Grundstrukturen des Sachbereiches, die zugleich als Normbestandteil durch rechtliche Setzung konstituiert und als Element der umgreifenden (Verfassungs-) Rechtsordnung sachlich-normativ begrenzt und in sie eingeordnet werden", F. Müller, Positivität, 41

213) Siehe immerhin die Hinweise bei Müller, Arbeitsmethoden, 190 und die Darstellung anhand der Rechtsprechung in Normstruktur, 114ff.

214) F. Müller, Thesen, 269

215) Müller, a.a.O., 269, insoweit ist - so F. Müller, Normstruktur, 175f - der Normbereich nicht institutionell konzipiert.

Anzumerken bleibt, dass es sich bei Müllers Normtheorie nicht primär um allgemeine rechtstheoretische Aussagen, sondern um eine am Einzelfall entwickelte und auch dort zum Zuge kommende Konzeption handelt. Damit ist zugleich angedeutet, dass Konzeptionen, die angesichts der in § 2 beschriebenen Sachverhalte ein grosszügig konzipiertes Umschlagen der Abwehrrechte in Leistungsrechte postulieren, der hier aufgestellten Anforderung, eine detaillierte, am Einzelfall orientierte Analyse zu leisten, nicht genügen.

Ein gutes Beispiel für die Berechtigung der hier vorgestellten Unterscheidung ist die Praxis der Gerichte zum Gleichheitssatz. Das Gleichbehandlungsgebot verlangt, dass Gleiches gleich und Ungleiches ungleich zu behandeln ist (216). Ein staatlicher Hoheitsakt verletzt Art.4 BV, "wenn er zwischen mehreren zu regelnden tatsächlichen Verhältnissen rechtliche Unterscheidungen trifft, die sich nicht auf ernsthafte sachliche Gründe stützen lassen und für die ein vernünftiger Grund nicht ersichtlich ist, oder wenn er tatsächliche Verhältnisse gleich behandelt, die voneinander wesentlich abweichen und einer unterschiedlichen Behandlung bedürfen" (217). Diese Umschreibung macht deutlich, dass die "tatsächlichen Verhältnisse" nicht undifferenziert einer imperativistisch verstandenen Norm entgegengestellt werden dürfen. Die vom Gleichheitsgebot geforderte Sachgerechtigkeit macht vielmehr die tatsächliche Beschaffenheit der zu ordnenden Wirklichkeit zu einem konstituierenden Moment der je pro Einzelfall zu ermittelnden Normativität von Art. 4 BV.

Das Zitat zeigt auch die Berechtigung der Unterscheidung von Sachbereichs- und Normbereichselementen. Begriffe wie "ernsthafte" und "vernünftige Gründe" signalisieren genau die Stellen, wo eine rationale Argumentation die Zugehörigkeit von realen Elementen zum Normbereich nachzuweisen hat (218).

Die eruierten Normbereichselemente wirken zwar bei der fallbezogenen Konkretisierung der Entscheidungsnorm aus der Rechtsnorm mit (219), der Akzent liegt aber auf der Normativität der Verfassung (220): Im Konfliktfall haben die unmittelbar auf den Normtext bezogenen

216) BGE 94 I 654

217) BGE 100 Ia 328 m.w.H.

218) Das Gleichheitsurteil verlangt einen Vergleich der zu beurteilenden Sachverhalte. Aus der Menge der denkbaren Kriterien, die an sich verglichen werden könnten, sind diejenigen zu bezeichnen, die den Kriterien "ernsthaft, vernünftig" entsprechen und auf die sich letztlich das konkrete Gleichheits- oder Ungleichheitsurteil stützt. Sie werden damit zu Bestandteil der konkreten Normativität von Art. 4 BV.

219) F. Müller, Arbeitsmethoden, 198

220) Ders., Thesen, 263f

Interpretationselemente Vorrang vor den Elementen des Normbereichs (221).

Der Sachbereich ist stetigen Aenderungen unterworfen. Anders als bei den bisher besprochenen Konzeptionen führt faktischer Wandel nur dann zu einer Aenderung der Norm, wenn das - vor allem mittels der herkömmlichen juristischen Hermeneutik zu erfassende - Normprogramm das neue oder veränderte Faktum als zum Normbereich gehörend erweist (222). Das bedeutet gegenüber einem allgemeinen Rekurs auf die normative Kraft des Faktischen, auf Lebensnotwendigkeiten des Staates, aber auch gegenüber einem Abstellen auf das "fliessende geschichtliche Leben" ein Mehr an Rationalität. Damit lässt sich auch eine absolute Grenze eines solchen Bedeutungswandels bezeichnen (223): Wenn Veränderungen nur insoweit relevant werden, als sie zum Normbereich gehören, wenn hiefür die entscheidende Instanz das Normprogramm ist und für dieses der Normtext entscheidend ist, dann ist ein Bedeutungswandel nur in dem vom Text abgesteckten Rahmen möglich (224). Ueber diese Grenze hinaus dürfen Elemente des Normbereiches nicht zum entscheidenden Faktor der Rechtsanwendung gemacht werden (225). Dies ist einmal im Interesse der "rationalisierenden, stabilisierenden und machtbegrenzenden Funktion" der Verfassung geboten, die in hohem Masse davon abhängig ist, dass der Text der Verfassung ohne jede Einschränkung respektiert wird (226) und wird schliesslich auch vom Gewalten-

221) Ders. Arbeitsmethoden, 198

222) Hesse, Verfassungswandlung, 138

223) Allgemein zu den Grenzen des Bedeutungswandels Fiedler, 99ff

224) Hesse, Verfassungswandlung, 139; vgl. zur Grenzfunktion des Wortlautes bereits vorne § 4 II Anm. 51ff. Festzuhalten ist, dass diese Grenze nicht bei den Ergebnissen liegt, wie sie sie sich aus der grammatischen Konkretisierung der Norm ergeben. Die Grenzen des Wortlautes liegen dort, wo ein Ergebnis mit den noch möglichen Verständnisvarianten nicht mehr in Einklang zu bringen ist. Diese Verständnisvarianten können sich auf die grammatische, historische, systematische, weniger indessen auf die teleologische Auslegung stützen, denn das letztere Element "vermag zwar eine wesentliche Fragerichtung anzuzeigen, doch ermöglicht es für sich allein keine ausreichende Antwort, weil "Sinn und Zweck" der Vorschrift nur insoweit einwandfrei festzulegen sind, als sie mit der Hilfe der anderen Elemente belegt werden können" (Hesse, Grundzüge, 27)

225) F. Müller, Thesen, 268

226) Hesse, Verfassungswandlung, 134

teilungsprinzip her verlangt: Der Normtext markiert die letzte Auffanglinie interpretatorischer Normbehandlung; jenseits dieser Linie sollen Normen nur noch von den positivrechtlich dafür vorgesehenen Gesetzgebungsinstanzen geändert werden können (227, 228).

Auch das Bundesgericht hat sich neulich zum Bedeutungswandel von Verfassungsnormen ausgesprochen und die Möglichkeit eines Verfassungswandels bejaht (229).

Das Gericht wies eine Beschwerde ab, die die Praxis der Solothurner Steuerbehörden als verfassungswidrig bezeichnete. Die Steuerbehörden massen Art. 62 Abs. 4 KV (230) nur noch die Bedeutung zu, dass bestimmte Abzüge (Sozialabzüge) gewährt werden müssen, nicht mehr aber – wie dies der Wortlaut nahelegt – dass ein tatsächliches Existenzminimum steuerfrei zu bleiben hat. Das Gericht führte aus: "Aus der geschichtlichen Entwicklung ist zu schliessen, dass in bezug auf Art. 62 Abs. 4 im letzten halben Jahrhundert ein Verfassungswandel eingetreten ist, sofern man annimmt, die umstrittene Bestimmung habe den Kantonsrat ursprünglich die Weisung erteilt, bei der Steuergesetzgebung ein tatsächliches Existenzminimum steuerfrei zu lassen. In der Folge hat sich der Grundsatz abgeschwächt. Nach geltendem Verfassungsrecht kommt Art. 62 Abs. 4 KV nurmehr die Bedeutung einer Weisung an den Gesetzgeber zu, im Steuergesetz Sozialabzüge vorzusehen" (231). Das Gericht berief sich auf die Tatsache, dass die Norm erlassen wurde, bevor sich der Gesetzgeber für ein bestimmtes Steuersystem entschlossen hatte, daraus sei zu schliessen, dass er sich verschiedene Möglichkeiten habe offen lassen wollen (232). Entscheidend

- 227) F.Müller, Politisches System, 79; die gegenteilige Ansicht, über den Wortlaut einer Verfassungsnorm sei hinwegzugehen, wenn er keine Anhaltspunkte für eine sinnvolle Problemlösung biete, findet sich bei Ehmke, 60.
- 228) Vor diesem Hintergrund ist der vom Bundesverfassungsgericht in der Abhörentscheidung verwendete Begriff der "systemimmanenten Modifikation" von Art. 79 Abs. 3 GG (BVerfGE 30, 1ff (2, 25, 29)) problematisch und geeignet, falls er sich als Leitbegriff des Verfassungswandelsverständnisses des Gerichtes erweisen sollte, die Wirksamkeit der Schranken des Art. 79 Abs. 3 GG entscheidend zu schwächen. Kritisch zu diesem Entscheid auch Fiedler, 100 und Häberle in JZ 26 (1971), 150. Hinweise zur weiteren Praxis des Gerichtes zum Bedeutungswandel von Verfassungsnormen bei Noack, 41 Anm. 11.
- 229) BGE 104 Ia 284ff; Urteil vom 22. Febr. 1978 i.S.B. gegen Kanton Solothurn und kantonale Rekurskommission (=EuGRZ 6 (1979), 6ff).
- 230) Art. 62 Abs. 4 KV lautet: "Geringe Vermögen sowie von jedem Einkommen ein zum Leben unbedingt notwendiger Betrag sind steuerfrei".
- 231) BGE 104 Ia 293f
- 232) A.a.O., 290

dürfte aber die vom Bundesgericht angenommene Möglichkeit sein, "dass eine Norm durch den Wandel der geschichtlichen Bedingungen ihre Bedeutung ändert", insbesondere kann "auf dem Weg über eine konstante neue Auslegung ... ein Wandel im Gehalt der Norm eintreten" (233). Der Entscheid ist nicht unproblematisch. Nicht weil er die Möglichkeit eines Verfassungswandels ins Auge fasst, sondern weil er einen solchen Wandel über die einzig aufzeigbare Grenze des Wortlautes hinaus zulässt. Zwar kann in guten Treuen darüber gestritten werden, ob die vom Bundesgericht geschützte einfach-gesetzliche Regelung ausserhalb der noch möglichen Verständnisvarianten von Art. 62 Abs. 4 KV liegt (234). Das Gericht führt unter Ziffer 4 a-b des Urteils selber beachtliche Gründe dafür an, dass dem nicht so ist. Dann aber – und dafür hätte im vorliegenden Fall einiges gesprochen – ist jede Berufung auf einen Verfassungswandel überflüssig.

Das Gericht prüft den Verfassungswandel indessen unter der Hypothese, dass "man annimmt, die umstrittene Bestimmung habe dem Kantonsrat ursprünglich die Weisung erteilt, bei der Steuergesetzgebung ein tatsächliches Existenzminimum steuerfrei zu lassen" (235). Damit geht es von einer Konkretisierung des Normtextes aus, die ganz klare Grenzen zieht: Sozialabzüge liegen bei dieser Konkretisierung jenseits der vom Wortlaut gesetzten Grenzen. Für die Annahme, die Bedeutung von Art. 62 Abs. 4 KV habe sich auf die Gewährung von Sozialabzügen reduziert, stützt sich das Gericht auf die Figur eines durch "konstante neue Auslegung" legitimierten Verfassungswandels, die über den Text hinauszielt, ohne dass die wichtige Frage nach allfälligen anderen Grenzen eines Verfassungswandels auch nur ins Auge gefasst wird (236). Hier wäre zu beachten gewesen, dass die Respektierung des Wortlautes Essentiale der Verfassungskonkretisierung ist. Er darf – auch wenn dies vom allgemeinen Konsens getragen sein sollte – nicht überspielt werden. Ist der Normtext obsolet geworden, so ist die Aenderung im qualifizierten Verfahren der Verfassungsänderung vorzunehmen. Aeusserste Zurückhaltung bei der Annahme eines Verfassungswandels hat den guten Sinn, die Aenderung der Verfassung den dazu berufenen legislativen Organen zu überlassen. Ein laxer Umgang mit der Konstruktion des Verfassungswandels führt zu einer Verkürzung der Volksrechte (237).

233) A.a.O., 291

234) Diese Varianten sind, wie erwähnt, nicht nur mittels des grammatischen, sondern auch mittels der anderen Methodenelemente zu ermitteln.

235) A.a.O., 293f

236) Die Grenzfunktion des Wortlautes wird sonst vom Bundesgericht durchaus erkannt: "Grundsätzlich darf in objektiv-zeitgemässer Auslegung einer Gesetzesnorm ein Sinn gegeben werden, der für den historischen Gesetzgeber zufolge eines Wandels der tatsächlichen Verhältnisse nicht voraussehbar war und in der bisherigen Anwendung auch nicht zum Ausdruck gekommen ist, wenn er noch mit dem Wortlaut des Gesetzes vereinbar ist" (BGE 103 Ia 403)

237) Dazu auch Haller, Verfassungsgerichtsbarkeit, 505

C. Zur Verwendbarkeit des institutionellen Arguments

Die vor allem in § 2 aufgeführten Argumente für ein Ausdehnen grundrechtlichen Schutzes auf Fälle staatlicher Leistungsgewährung führen nicht dazu, Grundrechte in einer institutionellen Gesamtschau in subjektive Leistungsrechte umzuinterpretieren. Eine Konzeption, die in Grundrechten rechtliche Institutionen politischer, sozialer, wirtschaftlicher, geistig-kultureller Art und die Verpflichtung des Staates, solchen Institutionen, entsprechend dem in ihnen fixierten Leitbild, Wirkkraft zu verleihen (238), gewährleistet sieht, würde dies scheinbar ermöglichen, zahlt aber einen zu hohen Preis: Sie ist gezwungen, um zu diesem Ergebnis zu gelangen, die auszulegende Norm durch die Verwischung der Grenzen zwischen dem zu regelnden Sachverhalt und ausserpositiven "idées directrices" einerseits und der Norm andererseits zu dynamisieren.

Sie erfüllt damit wesentliche, an eine rechtsstaatliche Methode zu stellende Anforderungen nicht:

- Die so geöffnete Norm wird zum Einfallstor beliebiger gesellschaftspolitischer Ordnungsvorstellungen, denen damit die Weihe normativer Verbindlichkeit zuteil wird.
- Indem sich dieser Vorgang als Akt der Rechtsanwendung ausgibt, erweist sich das institutionelle Argument als Kryptoargument, das verhindert, dass die wahren Motive einer Entscheidung offengelegt werden. Es verstösst damit gegen die rechtstaatlich geforderte Begründungspflicht.
- Die funktionellrechtliche Problematik der institutionellen Methode liegt darin, dass die nicht abgrenzbaren Bezüge auf "soziale Sachverhalte" und "Leitbilder" eine immerwährende Normfortbildung je nach den Erfordernissen der sich ändernden Sachverhalte und Wertvorstellungen ermöglichen. Dies führt zu einer unzulässigen, vor allem unkontrollierbaren Lockerung der Gesetzbindung: Letztlich substituiert der Interpret den Gesetzgeber.

Insbesondere kann auf institutionellem Wege keine Bestimmung des Verhältnisses von Normalität und Normativität - Voraussetzung einer Begrenzung des Bedeutungswandels von Verfassungsnormen - vorgenommen werden. Zwar sind beim heutigen Stand der Diskussion keine 'richtige ' Ergebnisse garantierenden Antworten zu erwarten, trotzdem ist einem Ansatz, der gegenüber einem "spezifischen Brückenschlag vom Normativen zum sozialen Substrat" ein Mehr an Rationalität bringt, der Vorrang zu geben.

V. Leistungsansprüche aus sozialstaatlich gedeuteten Grundrechten ?

Im Rahmen der in Kapitel 2 vorzunehmenden allgemeinen Auseinandersetzung mit verschiedenen Grundrechtsverständnissen ist ganz kurz auf eine Ansicht einzugehen, die mittels sozialstaatlich gedeuteten Grundrechten subjektiv-positive Ansprüche ableiten will. Ausgehend vom Auseinanderfallen von rechtlicher und realer grundrechtlicher Freiheit wird zum Gewährleistungsinhalt sozialstaatlich gedeuteter Grundrechte nicht nur die formal-rechtliche, sondern auch die reale Freiheit gerechnet. Das bedeutet, dass sowohl die Verpflichtung des Staates, die notwendigen Voraussetzungen zur Realisierung der gemeinten grundrechtlichen Freiheit, als auch subjektivrechtliche Ansprüche auf Leistung bzw. auf Teilhabe an realer Freiheit sichernden staatlichen Einrichtungen vom Grundrechtsgehalt erfasst werden (1).

Ein solcher Versuch ist insbesondere dann naheliegend, wenn dem Staat auf dem betreffenden Gebiet eine Monopolstellung zukommt, wie dies etwa im Bereich höherer Ausbildungsstätten der Fall ist (2).

Anknüpfend an bereits im Zusammenhang mit dem institutionellen Grundrechtsverständnis Festgestelltes sind auch gegen grossangelegte Versuche, mittels sozialstaatlich gedeuteten Grundrechten die Kluft zwischen *liberté* und *capacité* (3) zu schliessen, Bedenken anzumelden.

Bedenken bestehen insoweit, als die normative Absicherung solcher Versuche fraglich erscheint (4); zudem erscheint es unter funktio-

1) Vgl. dazu Böckenförde, Grundrechtstheorie, 238 und die Hinweise auf in dieser Richtung unternommene Versuche bei von Mutius, 185 und Martens, Grundrechte, 26f.

2) Dazu hinten § 7 II

3) Im Sinne Raymond Arons in *Essai sur les libertés*, Paris, 1966, 210f

4) Daran ändern Versuche, eine ungeschriebene Sozialstaatsklausel analog dem Bonner GG als Bestandteil der BV zu erklären, nur wenig. Hingegen sind selbstverständlich die "Elemente der Sozialverfassung der BV", wie sie sich bei J.P. Müller (Soziale Grundrechte, 768ff) dargestellt finden, in klar angebbaren Konkretisierungsfragen mitzuberücksichtigen.

neilrechtlichen Gesichtspunkten problematisch, subjektive Ansprüche auf Zurverfügungstellen der Voraussetzungen realer Freiheit, die weder nach Art, Inhalt und Umfang normativ bestimmt sind, anzuerkennen und damit" die im Zeichen knapper Ressourcen unvermeidlichen Prioritätsentscheidungen über den Einsatz und die Verteilung der verfügbaren staatlichen Finanzmittel" (5) aus einer der Legislative zustehenden Frage des politischen Ermessens (6) in eine Frage der Grundrechtsinterpretation zu verwandeln und damit weitreichende Gestaltungsaufgaben einer gegenüber der Legislative weniger demokratisch legitimierten Instanz zu übertragen (7).

Schritte zu jener realen Freiheit sind auf den für verfassungspolitische Aktivitäten vorgesehenen Wegen vorzunehmen.

Wer hier auf dem Wege alternativer Verfassungsauslegung (8) weiterzukommen hofft, handelt in mehrfacher Hinsicht problematisch:

- Alternative Rechtsauslegung erscheint vor allem dann faszinierend, wenn es angesichts der politischen Rahmenkonstellation nicht möglich erscheint, die anvisierten Ziele auf den für verfassungspolitische Aktivitäten vorgesehenen Wegen zu verwirklichen. Nichts gibt aber zu der Hoffnung Anlass, dass gerade dann von der 3. Gewalt in alternativem Sinne judiziert wird.

- Versuche alternativer Normdynamisierung sind methodisch fragwürdig und geeignet, die Geltungskraft des Rechts zu beschlagen. Sie sind von anderen Argumentationsfiguren, deren die Normativität von Verfassungssätzen limitierende Funktion sich erwiesen hat (beispielsweise wertbezogenes und institutionelles Argument), nicht klar abgrenzbar und damit gleichermaßen fragwürdig. Gefragt ist hingegen eine die Normativität und damit letztlich die für eine offene politische Auseinandersetzung unerlässliche stabilisierende Funktion der Verfassung respektierende Methode.

- Nicht sinnvoll kann sein - wie bereits erwähnt - weitreichende Gestaltungsaufgaben zulasten der Legislative der Judikative zu übertragen.

5) Böckenförde, Grundrechtstheorie, 239

6) Vgl. Art. 85 Ziff. 10 BV

7) Auf die damit angedeuteten Vorbehalte wird bei § 7 II im Zusammenhang mit konkreten Fragestellungen ausführlich eingegangen. Es kann deshalb auf das dort Ausgeführte verwiesen werden.

8) Siehe zur 'alternativen Rechtsinterpretation' Däubler, 33ff

3. Kapitel GRUNDRECHTS- UND LEISTUNGS- BEREICHSSPEZIFISCHE ANALYSE

§ 5 Vorbemerkung zu Vorgehen und Systematik

I. Grundrechts- und leistungsbereichsspezifische Analyse

Wir haben im ersten Kapitel zu zeigen versucht, dass sowohl durch die aktuelle gesellschaftliche Entwicklung, die durch eine immer grösser werdende Abhängigkeit realer Freiheit von der Schaffung und Gewährleistung ihrer Voraussetzungen durch staatliches Handeln charakterisiert ist, als auch durch die im demokratisch strukturierten Gemeinwesen geforderte rechtliche Durchdringung aller staatlichen Bereiche, ein subjektiv-defensives Grundrechtsverständnis weithin obsolet geworden ist. Es ist davon auszugehen, dass die Gewährleistung der Freiheit i.S. eines Abwehrrechtes gegen den Staat nicht geeignet ist, das Problem der Freiheit des Menschen in seinen gesellschaftlich-politischen Beziehungen ausreichend zu lösen (1). Dieser Sachverhalt legt es nahe, Grundrechte nicht mehr nur defensiv auf die Beschränkung staatlicher Macht, sondern auch positiv als auf die Gestaltung des Gemeinwesens gerichtet zu sehen, und anzunehmen, dass sie aufgrund ihrer wesentlich die Staatsgewalt legitimierenden Funktion diese zu ihrer Verwirklichung verpflichten.

Wir haben dann, ausgehend von der Feststellung, dass damit über die Tragweite solchermaßen konstitutiv verstandener Grundrechte, insbesondere über die Frage, ob und wann sich ihr positiver Gehalt allenfalls zu einem subjektiven Recht verdichtet, noch nichts entschieden ist, versucht, die Ableitung von Leistungsansprüchen aus Grundrechten in einen Zusammenhang mit Demokratie- und Gewaltenteilungsprinzip zu stellen und die dadurch der Norm-Konkretisierung gezogenen Grenzen ins Blickfeld zu rücken. Ausschlaggebend dafür war die Erkenntnis, dass das hier thematisierte Problem

1) Bäumlin, Demokratie, 109

nicht nur Interpretations-, sondern wesentlich auch Kompetenzfragen aufwirft. Die Klärung jener verfassungsrechtlichen Vorfragen gab uns die Basis, von der aus methodische Ansätze, die ein Umdeuten der Abwehrrechte in Leistungsrechte zu ermöglichen scheinen, einer kritischen Betrachtung unterzogen werden konnten: Dabei hat sich gezeigt, dass sowohl die Konzeption der Grundrechte als objektive Wertordnung, als auch ein institutionelles oder sozialstaatliches Grundrechtsverständnis wegen der ihnen je innewohnenden Problematik keine tragfähige Argumentationsfiguren für die Begründung subjektiver Leistungsansprüche sind.

Die Auseinandersetzung mit diesen Konzeptionen erfolgte zwar nicht in direktem Bezug zur Leistungsproblematik, gerade aber die 'nur' juristisch-methodische Perspektive machte deutlich, dass wesentliche Anforderungen, die an eine rechtsstaatliche Methodik zu stellen sind, nicht erfüllt werden.

Von diesen Ergebnissen her und anknüpfend an die schon vorne gemachte Feststellung, wonach die zu untersuchenden Leistungsansprüche nicht auf ein einheitliches Strukturmodell zurückgeführt werden können (2), ist zu vermuten, dass globale Uminterpretationsstrategien, die dem vorhandenen Grundrechtsbestand übergestülpt werden, in der Sache selbst nicht weiterhelfen. Sie beruhen auf der - unter funktionellrechtlichen Gesichtspunkten kaum nachvollziehbaren - Vorstellung, dass sich der grundrechtliche Normenbestand entsprechend den neuen "sozialstaatlichen Gegebenheiten" von selbst ändere.

Wenn es richtig ist, "dass Grundrechtsdogmatik Bereichsdogmatik der einzelnen Grundrechte ist" und "je nach Grundrecht und grundrechtlichem Normbereich verschiedene Schutzzonen innerhalb der normativen Wirkung der Garantie" eruiert (3), und nur so rationale, diskutierbare und nachprüfbare Dogmatik sein kann, so ist für eine Dogmatik der Leistungsrechte dasselbe anzunehmen: Die pauschale Fragestellung ist in überschaubare Einzelprobleme auf-

2) Vorne § 1 II B

3) So F. Müller, Grundrechtsdogmatik, 48; ähnlich Scheuner, Funktion, 510

zulösen (4). In grundrechts (5) - insbesondere leistungsbereichs-spezifischer Analyse muss sich die Möglichkeit subjektiver Leistungsforderung erweisen lassen.

Nun lässt sich zeigen, dass die hier thematisierte Frage eine reichsspezifische Behandlung nicht nur wünschbar erscheinen lässt, sondern geradezu erfordert: In sich eigenständige Leistungsfelder sind nicht anders denn in relativer Selbständigkeit erfassbar.

II. Systematik der Analyse

Die mannigfache und fein nuancierte Rechtsprechung des Bundesgerichtes, vor deren Hintergrund die folgende Differenzierung erarbeitet wurde, legt es nahe, die allgemeine Fragestellung 'Leistung aus Grundrechten' in 4 Problembereiche aufzulösen.

Als Einteilung (6) wird vorgeschlagen:

- Zunächst soll unter dem Stichwort Interdependenz Eingriff-Leistung das Bild einer polaren Gegensätzlichkeit von Eingriff und Leistung durch die Hervorhebung der Leistungsmomente, die im Eingriffstatbestand enthalten sein können, zugunsten einer differenzierenden Sicht korrigiert werden (§ 6).
- Mit originären Leistungs- oder Teilhaberechten sind direkt auf Grundrechte gestützte, d.h. ohne einfachgesetzliche Vermittlung durchsetzbare, subjektiv-öffentliche Rechte auf eine staatliche Leistung gemeint. Sie sind für unser Thema von zentraler Bedeutung (§ 7).

-
- 4) Das ergibt sich bereits aus den in § 4 IV B 3. bei Anm. 215 angestellten Ueberlegungen; siehe auch die subtilen Unterscheidungen bei Klöpfer, 15-22. Gleiches postuliert Wildhaber, Soziale Grundrechte, 389, für eine ähnliche Materie, die sozialen Grundrechte.
 - 5) Für deren Konkretisierung sind jeweils auch die einschlägigen Bestimmungen der EMRK mitzuberücksichtigen, vgl. dazu auch BGE 104 Ia 91 m.w.H.
 - 6) Die Einteilung intendiert eine die Orientierung erleichternde Schwerpunktbildung nach gewissen unterscheidbaren Kriterien, nicht aber eine auch letzte Verästelungen berücksichtigende systematische Einteilung - sie wäre angesichts der Vielfalt und häufigem Ueberschneiden der einzelnen Ansprüche wohl kaum zu erstellen.

- Bei den akzessorischen Leistungen ist Vorbedingung eine bereits an einen anderen erbrachte staatliche Leistung, an die der von der Vergünstigung Ausgeschlossene anknüpft und Gleichbehandlung verlangt. Normative Grundlage für Ansprüche dieser Art ist der im Gleichheitssatz enthaltene Teilgehalt der materiellen Rechtsgleichheit (§ 8).

- Den mittelbaren Leistungen liegt eine Massnahme der Eingriffsverwaltung, die die Grundrechtsphäre tangiert, zugrunde (oft im Zusammenhang mit besonderen Rechtsverhältnissen). Um den Eingriff möglichst klein zu halten, erbringt der Staat Leistungen, deren normative Grundlage - so unsere These - nicht direkt in den Grundrechten zu suchen ist. Vom Bezugspunkt unserer Arbeit her - die vorab an unmittelbar auf Grundrechte gestützter Leistung interessiert ist - handelt es sich insoweit um 'mittelbare' Leistung. Wesentlich wird hier die Erkenntnis, dass unter Zugrundelegung der im demokratischen Staat geforderten (grund-)rechtlichen Durchdringung aller staatlichen Bereiche, Fragestellungen, die prima vista solche subjektiver Leistungsforderung zu sein scheinen, einfacheren Lösungen zugeführt werden können. (§ 9)

§ 6 Interdependenz Eingriff - Leistung

I. Leitidee

In diesem Abschnitt wird es darum gehen, das weit verbreitete Bild einer grundsätzlichen Gegensätzlichkeit von Eingriff und Leistung einer differenzierenden Betrachtungsweise zu unterziehen. Dies soll dadurch geschehen, dass die Leistungsmomente, die im Eingriffstatbestand enthalten sind, ans Licht gehoben werden (1).

Dabei wird von folgender allgemeiner Leitidee ausgegangen: Wird Grundrechtsausübung oder ein grundrechtlich geschützter Zustand durch (private) Dritte beeinträchtigt, so stellt sich die staatliche Intervention gegen den Störer (2) zugunsten des Gestörten als staatliche Leistung dar, die ihm - dem Gestörten - erst die grundrechtskonforme Tätigkeit erlaubt oder den grundrechtsschützten Zustand erhält.

II. Interdependenz Eingriff - Leistung im Bereich polizeilicher Tätigkeit

A. Allgemeines

Nach klassischer Lehre ist Polizei staatliche Gefahrenabwehr zwecks Herstellung oder Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung (3). Das Kriterium der negativen Gefahrenabwehr gilt als das wichtigste Merkmal des Polizeibegriffes; im negativen Charakter der Polizei wird häufig eine Garantie der Freiheit erblickt, polizeiliche Sozialgestaltung ist verpönt (4).

-
- 1) Bereits G. Jellinek hat - allerdings in einem anderen Zusammenhang als dem hier angesprochenen - auf den Zusammenhang von Eingriff und Leistung hingewiesen. Jellinek rechnet den Anspruch des Individuums auf Anerkennung und demgemäss Unterlassung und Beseitigung von Störungen seines status negativus durch den Staat zum positiven status, da er einen Anspruch auf ein bestimmtes staatliches Verhalten enthalte (G. Jellinek, System, 105; ders., Staatslehre, 420); zum Korrelationsverhältnis Eingriff-Leistung vgl. neuerdings auch BGE 103 Ia 381
 - 2) Wobei hier vorerst Störer noch nicht im polizeirechtlichen, sondern im allgemeinen Wortsinne verstanden wird.
 - 3) Jost, 15; m.w.H.
 - 4) Imboden/Rhinow II, 972

In dieser Umschreibung stossen wir auf die liberale Auffassung einer Entgegensetzung von Recht und Freiheit. Die Polizei wird als "Ausnahme von den Freiheitsrechten (5)" verstanden, die es soweit als möglich zurückzudrängen gilt (6). Folgerichtig vermögen Grundrechte polizeiliches Handeln höchstens negativ zu bestimmen.

In letzter Zeit wird allerdings durchwegs festgestellt, der Polizeibegriff verliere zusehends seine Konturen, insbesondere werde die Abgrenzung zwischen negativer Gefahrenabwehr und positiver Sozialgestaltung schwierig, wenn nicht gar unmöglich (7). In der neuesten Arbeit über den Polizeibegriff (8) wird nachgewiesen, dass eine Unterscheidung nicht mehr durchführbar - aber auch entbehrlich - ist (9). Da das für den Eingriff in grundrechtlich geschützte Freiheit geforderte öffentliche Interesse nicht zwingend mit einem genügenden polizeilichen Interesse zusammenfalle (10), sei vielmehr auf dem Wege "kritischer Wertung" (11) zu ergründen, ob es die Natur des bedrohten Rechtsgutes und die Art der Gefahr als vernünftig erscheinen lassen, dass sich das Gemeinwesen mit der Gefährdung befasst. Diese Frage fällt nach Jost weitgehend mit der Prüfung des Verhältnismässigkeitsprinzips zusammen (12) und stellt nicht so sehr darauf ab, ob es sich um Gefahrenabwehr oder um positive Gestaltung handelt.

5) Giacometti, Staatsrecht, 177

6) Vgl. auch J.P. Müller, Grundrechte, 193

7) Saladin, Grundrechte, 240; Gygi, Wirtschaftsverfassung, 117; Aubert, droit constitutionnel, No 1760 a.E; Jost, 17, m.w.H. Auch das BGer hält fest, dass zwischen Polizei und Wohlfahrt keine scharfe Grenzziehung möglich sei: BGE 96 I 128

8) A. Jost, Die neueste Entwicklung des Polizeibegriffes, ASR Heft 438, Bern 1975

9) Die Gründe sind darin zu sehen, dass
 - Polizeivorschriften nicht einfach einen bestehenden Zustand bewahren, sondern Daten setzen und damit eine die Zukunft gestaltende Ordnung schaffen (v.a. durch eine immer umfangreichere polizeiliche Spezialgesetzgebung)
 - in der Spezialpolizei abstrakte Gefahrenabwehr und Präventivpolizei vorherrschen und damit der Gegensatz zur Lenkung verwischt wird,
 - nicht nur das Polizeirecht, sondern das gesamte Recht letztlich dem Schutz der als Polizeigüter bezeichneten Werte dient und mittelbar oder unmittelbar den sie bedrohenden Gefahren wehrt (Jost, 124).

10) Ob als öffentliches Interesse auch ein nicht polizeiliches Interesse genügt, muss jeweils im Einzelfall untersucht werden: Haller, Lehrfreiheit, 137

11) Jost, 60

12) Jost, 60

Der dieser Auffassung zugrundgelegte Polizeibegriff betont nicht so sehr die freiheitsbeschränkende Seite polizeilicher Tätigkeit, sondern hebt vielmehr die freiheitsverbürgende und die zwischenmenschliche Beziehungen ordnende Funktion hervor (13). Wir finden hier unsere schon früher gemachte Beobachtung des Ineinanderverschranktseins von Freiheit und Recht bestätigt.

Zur Darstellung der Interdependenz von Eingriff und Leistung gehen wir von Polizei als staatlich wahrgenommener Funktion aus, die darauf angelegt ist, die öffentliche Ordnung aufrechtzuerhalten. Polizeimassnahmen dienen dem "Schutz der öffentlichen Ordnung, Ruhe, Sicherheit, Gesundheit und Sittlichkeit, sowie von Treu und Glauben im Geschäftsverkehr" (14).

Polizei behebt nicht nur repressiv polizeiwidrige Zustände, sie hat auch präventiv Störungen und Gefährdungen abzuwenden (15). In einer gesetzmässigen Polizeiverordnung (16) können Verbote und Gebote ausgesprochen werden, ohne dass im Einzelfall zu untersuchen wäre, ob eines der Polizeigüter konkret gefährdet oder sogar verletzt ist. Diese abstrakte Gefahrenabwehr ist nur zulässig, wenn nach der allgemeinen Lebenserfahrung angenommen werden kann, dass die abstrakte Gefährdung in der Grosszahl der Fälle wahrscheinlich eine konkrete Bedrohung der Polizeigüter bedeuten würde (17).

Polizeiliche Massnahmen bedürfen nach allgemeiner Ansicht der gesetzlichen Grundlage (18), sie haben im polizeilichen Interesse

13) Jost, 79; vgl. auch Huber, Grundrechte und Polizeigewalt, 238: "Polizeigesetzgebung kann Freiheit auch mehren, ein gesetzloser Zustand sie mindern". Aehnlich Stalder, 132

14) BGE 100 Ia 175, 97 I 505 (mit Hinweisen)

15) Präventive Schutzmassnahmen sind allerdings an erschwerte Voraussetzungen gebunden, vgl. dazu Imboden/Rhinow II 972; zur stetigen Zunahme der Präventivpolizei, ein Umstand der wesentlich für die Abgrenzungsschwierigkeiten von neg. Gefahrenabwehr und positiver Gestaltung verantwortlich ist, vgl. Jost, 73ff.

16) Die sich u.U. auch auf die polizeiliche Generalklausel stützen kann; dazu Jost, 79

17) Imboden/Rhinow II 974; Jost, 79

18) Allerdings darf sich die Verwaltung als "ultima ratio" auf die polizeiliche Generalklausel abstützen, "um mit Einzelverfügungen oder Verordnungen die öffentliche Ordnung und die Rechtsgüter des Staates zu schützen, die sie mit den gesetzlichen Mitteln nicht abzuwenden vermag" (BGE 100 Ia 146 = Pra 63 Nr 204).

zu erfolgen (19), müssen verhältnismässig und gegen den Störer gerichtet sein. Unterhalb dieses rechtstaatlich geforderten Levels darf Polizei nicht einschreiten.

Abzuklären ist nun, ob sie, wenn diese Voraussetzungen gegeben sind, einschreiten muss, mit anderen Worten, ob die Polizei verpflichtet ist, den Grundrechtsberechtigten gegen Störer zu schützen und ihm dadurch letztlich die Grundrechtsausübung zu ermöglichen.

Davon ist die Frage zu trennen, ob einer allfälligen Verpflichtung eine subjektive Berechtigung des Bürgers entspricht. Diese - hier nicht weiter verfolgte - Frage wird in der Regel zu verneinen sein, meist wird es schon an den prozessualen Vorbedingungen in den Verwaltungsgerichtsordnungen fehlen (20).

Immerhin ist zu erwähnen, dass seit BGE 91 I 409ff der Bürger mittels staatsrechtlicher Beschwerde die Erteilung einer Baubewilligung an Nachbarn rügen kann, sofern dadurch Baupolizeivorschriften, die ihm eine rechtlich geschützte Sphäre einräumen, verletzt wurden. Im Ergebnis läuft das darauf hinaus, dass der Bürger klageweise seinen Anspruch auf polizeiliche Tätigkeit geltend machen kann.

-
- 19) Damit sind - wie bereits erwähnt - nach herrschender Ansicht primär sozial- oder wirtschaftspolitische Eingriffe ausgeschlossen. Interessant ist in dem Zusammenhang die Rechtsprechung des BGer zu Art. 31 Abs. 2 BV (vgl. insbesondere den Fall Griessen, BGE 97 I 499ff). Obwohl der Text von Art. 31 Abs. 2 BV darüber nichts aussagt, betrachtete das BGer immer nur polizeilich motivierte Eingriffe in die HGF als zulässig (BGE 97 I 504). Es räumte aber ein, dass es in seiner Rechtsprechung auch sozialpolitisch motivierte Massnahmen der Kantone unter den Begriff polizeiliche Massnahme rubriziert und als nicht gegen die HGF verstossend geschützt habe. Im Sinne einer einheitlichen und klaren Bestimmung des Polizeibegriffes sei aber, wie von einer umfangreichen Literatur gefordert (vgl. die Hinweise a.a.O., 505), zu einem engen Polizeibegriff zurückzukehren und anzuerkennen, dass im Rahmen von Art. 31 Abs. 2 nicht nur polizeiliche, sondern auch sozialpolitisch motivierte Eingriffe zulässig seien (bestätigt in BGE 101 Ia 486, 98 Ia 401). Jost, 61, bezweifelt allerdings, ob mit dieser Rückkehr zu einem engen Polizeibegriff in der Abgrenzungsschwierigkeit negative Gefahrenabwehr - positive Gestaltung viel gewonnen worden sei.
- 20) Vgl. dazu Jost, 56, 62 insbes. Anm. 339, Jost führt insbesondere das Fehlen einer Verpflichtungsklage an; Drews/Wacke/Vogel/Martens, Bd. 1, 162ff, insbes. 169f; Gygi, Wirtschaftsverfassung, 96, 146 ; zur Justiziabilität des Anspruches vgl. auch Klöpfer, 7 insbes. Anm. 29.

Die Frage ist zunächst einzuengen. Wird geprüft, ob die Polizei verpflichtet ist einzugreifen, so kann dies sinnvollerweise nur für die Fälle eine relevante Fragestellung sein, wo das Opportunitätsprinzip gilt, d.h. im Bereich der polizeilichen Generalklausel (21). Soweit es um Tatbestände geht, die vom immer umfangreicheren Spezialpolizeirecht erfasst werden, gilt - vorbehaltlich eines Verweises auf das Entschliessungsermessen - das Legalitätsprinzip: Die Gesetze sind, soweit sich der normierte Tatbestand verwirklicht hat, anzuwenden; die Polizei ist gesetzlich gebunden (22).

Auch im Bereich des Opportunitätsprinzipes ist die Polizei nicht frei. Sie hat das ihr zustehende Handlungsermessen pflichtgemäss auszuüben (23). Hier ist nun abzuklären, inwieweit die Grundrechte polizeiliches Ermessen zu determinieren vermögen.

In der BRD ist versucht worden, das Opportunitätsprinzip - dogmatisch schwierig zu nehmendes Hindernis für eine Handlungspflicht - durch die sogenannte "Ermessensreduzierung auf Null" auszuschalten (24). Dem wurde entgegengehalten, dass mit diesem das "Exzeptionelle überbetonenden Instrument" ein problematischer Argumentationsweg eingeschlagen werde (25); ebenso wenig scheint sich über den Umweg einer Statuierung von Ersatzansprüchen für "Amtspflichtverletzung durch Unterlassen" (26) in befriedigender Weise eine Handlungspflicht begründen zu lassen (27). Es überrascht deshalb nicht, dass insoweit eine Besinnung auf die Grundrechte festzustellen ist.

Die öffentliche Ordnung und Sicherheit - die eigentlichen Polizeigüter - entfalten ihre Schutzwirkungen in zweierlei Richtung: "Einerseits (verbürgen sie) den Bestand des Gemeinwesens und das Funktionieren seiner Einrichtungen und gewährleisten die unerläss-

21) Jost, 61; Drews/Wacke/Vogel/Martens, Bd. 1, 171f

22) Drews/Wacke/Vogel/Martens, a.a.O., 171.

23) Drews/Wacke/Vogel/Martens, Bd. 1 135ff

24) Martens, Zum Rechtsanspruch auf polizeiliches Handeln, JuS 2 (1967), 245ff, insbes. 247.

25) Klöpfer, 7; Martens Vorschlag der "Ermessensreduzierung auf Null" unterscheidet sich von der hinten dargestellten Konzeption dadurch, dass Martens die Ermessensreduktion nicht ausdrücklich an der Frage der Grundrechtsbedrohung festmacht, sondern auf die konkreten Umstände des Einzelfalles verweist (a.a.O., 247, rechte Spalte).

26) Drews/Wacke/Vogel/Martens, Bd. 1, 439ff

27) Kritisch dazu Klöpfer, 7, m.w.H.

lichen Voraussetzungen für ein gedeihliches Zusammenleben, andererseits schützen sie Freiheit, Gesundheit, Ehre und Vermögen des Bürgers" (28).

Zunächst fällt auf, dass der Schutz der Polizeigüter vorab dem Individuum gilt - auch gerade dort, wo es darum geht, die Voraussetzungen eines gedeihlichen Zusammenlebens zu schützen oder zu fördern (29). Auf den ersten Blick scheint hier ein Widerspruch mit der allenthalben anerkannten These vorzuliegen, wonach die Polizei nicht die Interessen einzelner Privater vertreten dürfe. Die These betont die Subsidiarität polizeilicher Tätigkeit gegenüber Zivil- und Strafgerichten (30) und verlangt den Nachweis eines genügenden öffentlichen Interesses als Voraussetzung polizeilicher Regelungen und Eingriffe (31).

Das ist aber nur scheinbar ein Widerspruch. J.P. Müller weist zu Recht darauf hin, dass das quantitative Merkmal der Zahl der an der Gefahrenabwehr Interessierten nicht dafür ausschlaggebend sein kann, ob ein genügendes öffentliches Interesse vorliegt (32). Vielmehr ist darauf abzustellen, ob durch das Handeln (oder Unterlassen) Privater die für die Gemeinschaft konstituierenden und obersten Werte tangiert werden. Trifft dies auch nur bei einem der Gemeinschaftsangehörigen zu, so ist jedesmal die Gemeinschaft in ihrem "Wertfundament" (33) betroffen, mithin ein Gesamtinteresse an der Wiederherstellung des wertkonformen Zustandes gegeben. "Zu den grundlegenden Rechtsnormen, welche jene elementaren Ordnungswerte verkörpern (...) und die dem Polizeischutz verbindlich aufgegeben sind, wird man in erster Linie die in der Verfassung

28) Jost, 59

29) Benz, 30, 41; vgl. auch BGE 87 I 364: "Zum Bestand der öffentlichen Ordnung aber gehören auch die Rechte, die dem Einzelnen als Glied der Gemeinschaft im gesellschaftlichen Zusammenleben gewährleistet sind".

30) Zu den Differenzierungen des Subsidiaritätsprinzips J.P. Müller, Grundrechte, 203f; zu den Schwierigkeiten, öffentliche und private Interessen "als vorgegebene Kategorie säuberlich zu scheiden", Jost, 55ff.

31) Jost, 60

32) J.P. Müller, Grundrechte, 198

33) J.P. Müller, a.a.O., 199

verankerten Grundrechte rechnen müssen" (34).

Das Entschliessungsermessen (35) wird, wenn Grundrechte in Frage stehen, die angesichts ihrer für die Gesamtordnung konstituierenden Bedeutung (36) schnell ein (polizei-)rechtsgenügendes öffentliches Interesse indizieren, weithin eingeengt und wandelt sich bei offenkundigen Rechtsgutverletzungen in den Befehl, das Grundrecht zu schützen (37). Untätigkeit bei offenkundiger Gefährdung wichtiger Rechtsgüter bedeutet einen qualifizierten Ermessensfehler und damit eine Rechtsverletzung (38).

B. Die Rechtsprechung

Die Idee einer Verpflichtung der Polizei zum Schutz der Grundrechtsausübung kommt in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung in verschiedener Weise zum Ausdruck.

34) J.P. Müller.a.a.O.

35) Es meint die Prüfung der Frage, "ob ein polizeiliches Einschreiten nach Lage aller in Betracht kommenden Umstände vom Standpunkt des öffentlichen Interesses, der Billigkeit und der Zweckmässigkeit aus geboten ist" (Drews/Wacke/Vogel/Martens Bd. 1, 136).

36) Dazu vorne § 4 I

37) Erhalten bleibt das Auswahlermessen für die Frage, welches unter mehreren geeigneten und zulässigen Mitteln die Polizei einsetzen will; die Frage hingegen, welche Massnahmen notwendig sind, ist Rechtsfrage; vgl. dazu Drews/Wacke/Vogel/Martens, Bd. 1, 136f.

38) Und kann eine Haftpflicht des Gemeinwesens begründen, vgl. Drews/Wacke/Vogel/Martens Bd. 1, 439 und Drews/Wacke Allg. Polizeirecht, 7. A, Berlin, 1961, 463 a.E. Eine Verpflichtung zu polizeilichem Handeln bejahen: Imboden/Rhinow, II, 97ff; J.P. Müller, Grundrechte, 196; Jost, 62; Saladin, Grundrechte, 350, postuliert über die Pflicht hinaus einen Anspruch auf polizeiliches Tätigwerden (vgl. auch 28, 209, 310, 315); Huber, Soziale Beziehungen, 303. Siehe aus der Rechtsprechung vor allem BGE 97 I 230. Aus der BRD: Drews/Wacke/Vogel/Martens, Bd. 1, 162ff; Häberle, Wesensgehaltgarantie, 117ff; Schaumann, 34; Klöpfer, 6 mit Hinweisen auf den Stand der Diskussion bis 1969.

1. Zur Religionsfreiheit

In den Entscheiden zur Glaubens- und Gewissensfreiheit kommt die interdependente Beziehung von Eingriff und Leistung am klarsten zum Ausdruck; hier hat das Bundesgericht den Zusammenhang von Grundrechtsgehalt und polizeilicher Tätigkeit explizit herausgearbeitet (39): Polizeiliches Handeln gegen Störer von religiöser Betätigung erscheint nicht lediglich durch polizeirechtliche Grundsätze i.e.S., sondern in hohem Masse unmittelbar durch den Gehalt der Glaubens- und Gewissensfreiheit geboten. Im einzelnen war die Rechtsprechung allerdings Schwankungen unterworfen. Im Entscheid Schaaf (40), in dem die Heilsarmee ein Verbot ihrer Veranstaltungen rügte, die von "händelsüchtigen, jungen Leuten unter Anführung bewährter Raufbolde in rohester Weise gestört" wurden, erklärte das Gericht, dass die Ausübung eines verfassungsmässigen Rechtes nicht deshalb aufgehoben werden dürfe, weil Dritte dessen berechnete Ausübung zum Anlass der Begehung rechtswidriger Handlungen machen; der Staat habe vielmehr die Aufgabe, "die durch rechtswidrige Handlungen Dritter gefährdete Ausübung der Vereins- und Versammlungsfreiheit zu schützen"; die verfassungsmässige Garantie habe sich gerade dann zu bewähren, wenn seine Ausübung "dem Publikum in seiner Majorität oder der Regierungsgewalt nicht sympatisch sind" (41).

In BGE 20, 274 verpflichtete das Gericht die Tessiner Behörden, Massnahmen zu ergreifen, damit das evangelische Glaubensbekenntnis ungestört auf dem ganzen Kantonsgebiet ausgeübt werden könne, denn aus Art. 50 BV "risulta anche il dovere da parte delle autorità dello Stato di prendere le misure necessarie per garantirne il pieno esercizio" (42). In diesem Entscheid tritt der Leistungs-

- 39) Im Bereich dieses Grundrechtes liegt auch der einzige Fall einer unmittelbaren Horizontalwirkung in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung BGE 4, 434ff.
- 40) BGE 12, 93ff. Der Entscheid stammt aus dem Jahre 1886. Das Gericht prüfte das Verbot von Gebetsversammlungen noch unter dem Aspekt einer Verletzung der Vereins- und Versammlungsfreiheit.
- 41) BGE 12, 109; vgl. auch BGE 7, 513
- 42) BGE 20, 280; in demselben Band betont das BGer nochmals den Schutzauftrag der Behörden und ihrer Organe und verweist diesbezüglich auf die Praxis des Bundesrates (20, 751).

aspekt sehr deutlich in Erscheinung: die direkt aus dem Grundrecht abgeleiteten staatlichen Massnahmen zur Abwehr von Störungen erscheinen aus der Perspektive des Grundrechtsberechtigten als veritable Leistung, die ihm erst die Grundrechtsausübung ermöglicht.

An dieser Sicht hielt das BGer - wenn auch nicht mehr in der Deutlichkeit - im Entscheid Vogel (43) fest. In den kurz darauf folgenden sog. "Bibelforscherentscheiden" hat das Gericht allerdings den Gedanken vernachlässigt, "wonach die staatlichen Behörden zu positivem Tätigwerden, zu aktiver Schutzgewährung gegenüber repressiven Andersgläubigen verpflichtet" sind (45), auch wenn die Grundrechtsbetätigung nicht den Vorstellungen der konfessionellen Mehrheit entspricht (46).

Im Entscheid Neuapostolische Kirche (NAK) gegen Gemeinde Aarau (47) griff das Bundesgericht die der früheren Praxis zugrundeliegenden Gedanken wieder auf und gab ihnen - in dieser Form erstmalig - prägnanten Ausdruck.

In der Sache selbst verlangte die NAK, das Bestattungsamt habe Anordnungen von NAK-Mitgliedern bez. der Abdankungsfeierlichkeiten entgegenzunehmen, diese nach deren Ableben auch gegenüber abweichenden Wünschen der Hinterbliebenen einzuhalten und die NAK mit den Abdankungsfeierlichkeiten zu betrauen. Da sich die kantonalen Behörden dazu nicht bereit erklärten, fühlte sich die NAK in ihrer Kultusfreiheit (Art. 50 BV) betroffen. (Art. 49 stand insoweit in Frage, als der Ausschluss der NAK unmittelbar die Individualrechte der NAK-Mitglieder betraf). Letztlich ging es darum, inwieweit das Bestattungsamt eine letztwillige Verfügung hinsichtlich der Art der Bestattungsfeierlichkeiten gegenüber den Angehörigen des Verstorbenen durchzusetzen verpflichtet ist. Das BGer lehnte eine solche Verpflichtung ab (48): Die Verfassung habe sich angesichts möglicher widerstreitender Interessen darauf beschränkt, ein "schickliches Begräbnis" (Art. 53 Abs. 2 BV) zu garantieren, ob dies allenfalls durch vom Willen des Verstorbenen abweichende Anordnungen der Angehörigen in Frage gestellt

43) BGE 49 I 138, insbes. 154f

44) BGE 50 I 369; 54 I 98

45) Saladin, Grundrechte, 316

46) Die Abschwächung des in den erwähnten Heilsarmeeentscheiden, aber auch in den Mormonenentscheiden (BGE 2, 192ff; 34 I 259ff) ausgesprochenen Toleranzgebotes ist augenfällig.

47) BGE 97 I 221ff

48) A.a.O., 232

werde, habe aber angesichts der geltenden Rechtslage nicht das Bundesgericht, sondern der Bundesrat zu entscheiden (49).

Das Gericht hielt aber fest, dass Glaubens- und Kultusfreiheit Freiheitsrechte mit "negativer und positiver Funktion" sind (50). Einmal verbieten sie nicht gerechtfertigte Eingriffe. "Darüber hinaus ist der Staat verpflichtet einzugreifen, wenn die religiöse Betätigung durch Dritte verunmöglicht wird, insbesondere wenn etwa eine Kultushandlung gestört wird. Unterlässt er dies, so verletzt er zwar nicht unmittelbar die Religionsfreiheit, denn nicht er greift in diesem Fall in die freie religiöse Betätigung ein; wohl aber verweigert er dem Betroffenen seinen Schutz und macht sich damit einer Rechtsverweigerung schuldig" (51).

Dies ist zu begrüßen. Es ist allerdings nicht einzusehen, warum dies nur für die Glaubens- und Kultusfreiheit gelten soll. Dem Gericht mag seine frühere Rechtsprechung zu den religiösen Freiheitsrechten, die im Zeichen des Kulturkampfes den Schutz konfessioneller Minderheiten sicherzustellen hatte und diese Funktion auch erfüllte, den Zugang zu dieser These erleichtert haben; von der Sache her, d.h. von der Bedeutung der Grundrechte her, ist ein Schutzauftrag bei jedem von ihnen anzunehmen.

2. Zur Versammlungsfreiheit

Es ist ganz offensichtlich, dass die Ausübung der Versammlungsfreiheit (52) wesentlich davon abhängt, dass die Polizei eine Versammlung vor allfälligen Störern (praktisch meist in der Form von Gegendemonstrationen) schützt (53).

In der bundesgerichtlichen Rechtsprechung war denn auch schon früh von der "Aufgabe der Staatsgewalt, die durch rechtswidrige Handlungen Dritter gefährdete Ausübung der Vereins- und Versammlungs-

49) A.a.O., 229; vgl. auch Art. 73 Abs. 1 lit. a Ziff. 4 VwVG

50) BGE 97 I 230

51) A.a.O.

52) Sie ist ungeschriebenes Freiheitsrecht und wurde anerkannt in BGE 96 I 219ff

53) Vgl. dazu auch H. Huber, Grundrechte, 201

freiheit zu schützen", die Rede (54). Dieser Gedanke kommt auch im Entscheid Humbert-Droz I zum Ausdruck: "...les principes de liberté qui régissent actuellement la démocratie suisse obligent le citoyen à tolérer même l'exposé de théories contraires à l'ordre établi" (55).

Diese klare Linie verlässt das Gericht in der Folge; in BGE 60 I 111 nimmt es in Kauf, dass durch ein nächtliches Demonstrationsverbot auch Manifestationen verunmöglicht werden, deren Veranstalter selbst die öffentliche Ordnung wahren wollen, "bei denen aber die Gefahr besteht, dass Angehörige gegnerischer Gruppen störend eingreifen und dass es so zu Unruhen kommt"; bereits im Entscheid Meuwly et Blanchard (56) wird angesichts Dritter, die das Zeigen der roten Fahne zum Anlass nehmen, die öffentliche Ordnung zu stören, ein Fahnenverbot ausgesprochen, mithin der Veranlasser getroffen und nicht der Störer (57).

Im Entscheid Rassemblement jurassien I betont das Gericht wieder, dass sich die polizeilichen Massnahmen gegen den Störer zu richten haben und sieht von da her das präventive Demonstrationsverbot der Berner Regierung als gerechtfertigt an: "En effet, une manifestation était prévue: L'inauguration de l'Ecole ménagère. Celles du Rassemblement jurassien et de ses adversaires étaient en réalité des contre-manifestations, et toutes deux mettaient en danger

-
- 54) BGE 12, 109. Die Polizei kann sich im Falle eines echten polizeilichen Notstandes allerdings auch an den Veranlasser halten (vgl. a.a.O.).
- 55) BGE 58 I 94 knüpft damit an die frühere Praxis an, vgl. die Verweise auf S. 93.
- 56) BGE 55 I 228ff
- 57) Diese Entscheide wurden von der Lehre (Nachweise bei Bosshart, 225) als Anwendungsfälle des (unzulässigen) erweiterten Notstandsrechtes kritisiert. Nach dieser Theorie dürfen Manifestationen wegen der unmittelbaren Gefahr von Störungen seitens Dritter verboten werden, falls ein polizeiliches Vorgehen gegen den Störer zu einer unverhältnismässig grösseren Erschütterung der öffentlichen Ordnung führen würde. Die Theorie ist insofern fragwürdig, als sie in Zeiten politischer Spannungen zu einer Benachteiligung politischer Minderheiten führen kann: Mit Hinweis auf den polizeilichen Aufwand kann der Schutzauftrag gegenüber der Minderheit abgelehnt werden.

l'ordre public" (58). Aus dem Entscheid Rassemblement jurassien II (59) geht hervor, dass die primäre angesagte Demonstration gegen die Gegenmanifestation zu schützen ist.

In BGE 103 Ia 310 beschwerte sich das Rassemblement jurassien über ein generelles Demonstrationsverbot, das verhängt wurde, nachdem die probernischen Sangliers eine Gegendemonstration angekündigt hatten. Das BGer wies ab. Ohne hier auf die Frage nach den Voraussetzungen eines allgemeinen Verbotes eingehen zu wollen (60), scheint es äusserst problematisch, wenn das Gericht dem Einwand des Rassemblement jurassien, die Behörden hätten sich an den Störer zu halten, mit Hinweis auf die von der neueren Rechtsprechung vorgenommenen Ausweitung des Störerbegriffes widerspricht und ausführt, polizeirechtlich verantwortlich sei auch derjenige der "par son comportement, crée le risque d'une violation, par des tiers, de l'ordre public" (61). Auch wenn die These nicht weiter verfolgt wurde und je nach dem in Frage stehenden Gebiet eine differenzierte Anwendung postuliert wurde, so besteht doch latent die Gefahr einer Unterminierung des Prinzips des grundrechtlich gebotenen Schutzauftrages: Wird mit dem Mitstörerprinzip Ernst gemacht, so kann sich die Polizei fortan mit einem allgemeinen Verbot von ihrer Schutzpflicht dispensieren mit dem lapidaren Hinweis, die Veranstalter hätten in Kauf genommen, dass politische Gegner die Veranstaltung zum Anlass nehmen, um die öffentliche Ordnung zu stören. Für politische Minderheiten kann in Zeiten politischer Spannung, also gerade dann, wenn - wie die ältere bundesgerichtliche Praxis eindrücklich belegt - der Schutz besonders notwendig ist, die grundrechtliche Garantie leerlaufen.

58) BGE 91 I 329

59) BGE 92 I 24ff

60) Bei der Prüfung dieser Frage wäre mit zu berücksichtigen, dass angesichts der bundesgerichtlichen Praxis die Gefahr besteht, dass jede Seite durch die Ankündigung einer Gegendemonstration ein generelles Verbot erwirken kann; damit läuft letztlich die Versammlungsfreiheit leer (Vgl. dazu die Bemerkung in BGE 103 Ia 318).

61) 103 Ia 314 (mit Verweisen)

Zumindest in den neueren Entscheiden zur Versammlungsfreiheit scheint das Bundesgericht den polizeilichen Eingriff gegen den Störer primär unter dem Gesichtspunkt der Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung legitimiert zu sehen. Nichts spricht dagegen, wie bei der Religionsfreiheit, den grundrechtlich gebotenen Schutzauftrag vermehrt zu betonen (62); bei einer vermehrten Berücksichtigung des Schutzauftrages wäre sogar zu erhoffen, dass das Gericht mit der Bestätigung genereller Demonstrationsverbote, zugunsten der primär angemeldeten Veranstaltung, zurückhaltender würde.

3. Zur Eigentumsgarantie

Auch im Bereich der Eigentumsgarantie wird der staatliche, insbesondere polizeiliche Schutz für den Grundrechtsberechtigten aktuell.

Hier allerdings steht dem gestörten Eigentümer primär der Weg in die Zivil- und Strafgerichtsbarkeit offen.

Das Bundesgericht hat diesen Zusammenhang erkannt und in mehreren frühen Urteilen betont, dass die Eigentumsgarantie den Staat auch zur Abwehr privater Eingriffe ins Privateigentum verpflichte, dieser Pflicht komme er durch die Errichtung und den Unterhalt einer (Zivil-)Gerichtsbarkeit nach (63). Daneben bleibt der auf das Grundrecht selbst gestützte Schutz aktuell, er kommt etwa im Gebiet des Immissionsschutzes zum Ausdruck.

Die Abwehr der in Art. 684 ZGB untersagten übermässigen Immissionen durch private Eigentümer ist nicht nur eine Sache des Privatrechtes (64), sondern grundsätzlich auch eine solche des öffentlichen Rechtes (65).

Art. 684 ZGB statuiert eine Ordnung, die den Einzelnen vor übermässigen Immissionen schützt und darüber hinaus Grundlage für ein geordnetes Zusammenleben ist (66). Der Schutz dieser für die Ge-

62) Zum Schutzauftrag, insbesondere bei Versammlungen auch Häberle, Wesensgehaltgarantie, 118ff.

63) BGE 34 I 199ff; 28 I 176ff; 26 I 72ff; 5,214ff; 4,613ff.

64) Vgl. dazu Art. 679, 928 ZGB

65) BGE 87 I 363; Gygi, Wirtschaftsverfassung, 146

66) Schuler, 307

meinschaft wesentlichen Rechtspositionen liegt im Allgemeininteresse, er wird damit Gegenstand polizeilicher Tätigkeit(67).

Das Bundesgericht hält denn auch fest, dass es Sinn und Wesen des polizeilichen Immissionsschutzes entspreche, wenn ein grundsätzlicher Anspruch auf polizeiliche Hilfe anerkannt werde(68). Die Polizei ist verpflichtet einzuschreiten, sofern sie Eigentumsüberschreitungen zulasten des Eigentums des Nachbarn wahrnimmt. (69)

67) Jost, 55f

68) BGE 87 I 364; vgl. in diesem Zusammenhang auch BGE 95 I 199, das BGer qualifiziert dort eine zu enge Auslegung eines Gesundheitsschutzgesetzes, wodurch die Immissionsgeschädigten ihres Schutzes verlustig gingen, als willkürlich.

69) Oftinger, 42.

III. Auf Grundrechte gestützte Inanspruchnahme der staatlichen Gerichtsbarkeit zur Abwehr Dritter als Leistung

Ging es bei der polizeilichen Intervention darum, die im Eingriff gegen den Störer enthaltenen Leistungsmomente blosszulegen, so interessiert uns im folgenden das Leistungsmoment, das wir darin erblicken, dass derjenige, der in seiner Grundrechtssphäre durch Dritte tangiert wird, zur Abwehr die staatliche Gerichtsorganisation in Anspruch nehmen kann.

Dieser Gedanke ist in engem Zusammenhang mit der Drittwirkung der Grundrechte zu sehen (1). Während die Drittwirkungslehre daran interessiert ist, freizulegen, dass und in welchem Umfang Grundrechte auch Private zu binden vermögen, geht es uns darum, in diesem Verhältnis die Rolle des Staates zu beleuchten: Das Gemeinwesen lässt Grundrechte real werden, nicht nur indem es sie - wie vorher besprochen - polizeilichem Schutz unterstellt, sondern auch dadurch, dass es dem sich auf das Grundrecht berufenden Bürger zur Durchsetzung seiner Rechte den staatlichen Gerichts- und Vollstreckungsapparat zur Verfügung stellt.

Damit ist freilich eine der ursprünglichsten staatlichen Aufgaben angesprochen: Eliminierung physischer Gewalt durch Umleitung faustrechtlicher 'Verfahren' in justizförmig geordnete Verfahrensabläufe. Nichts hindert uns daran, hier auf die Leistungselemente hinzuweisen (2), die für uns dann besonders einschlägig sind, wenn Grundrechte direkt Basis des Anspruches gegen Private sind und die staatliche Tätigkeit auslösen: Der für uns relevante Leistungsaspekt der Drittwirkung liegt darin, dass das Grundrecht dem Berechtigten neben Ansprüchen gegen Private ein Recht auf Teilhabe an den staatlichen Einrichtungen und Verfahren der Judikative einräumt.

1) Ueberblicke über den Stand der Drittwirkungsdiskussion in Lehre und Rechtsprechung finden sich bei G. Müller, Die Drittwirkung der Grundrechte, ZBL 79 (1978) 233 ff und bei P.R. Müller, Das öffentliche Gemeinwesen als Subjekt des Privatrechts, Zürich, St. Gallen, 1970 273ff.

2) Siehe auch die Bemerkung bei J.P. Müller, Soziale Grundrechte, 883

Das formale Teilhaberecht auf den gesetzlichen Richter (3) zeigt, auch wenn es nicht Ausfluss drittgerichteter Grundrechte ist, Leistungszüge, in dem es dem Einzelnen erlaubt "in bestimmter Weise an der Organisation und dem Gang der Rechtspflege teilzuhaben" (4). Damit distanziert es den Einzelnen nicht ausgrenzend vom Staat, wie dies eine liberale Grundrechtsdeutung gemeinhin den Freiheitsrechten zuschreibt (5). Die Gründe, warum dieses Leistungsrecht nicht programmatischen Charakter hat, sondern subjektives Recht, also justiziabel ist, sind darin zu sehen, dass es sich um einen konstanten Garantiegehalt handelt, der zusätzlich "durch die mit besonderer Sorgfalt und Vollständigkeit durchgeformte Gerichtsverfassung inhaltlich erschöpfend konkretisiert" ist (6).

Dieser Gedanke kommt in der neueren bundesgerichtlichen Rechtsprechung zur "Legitimation des Nachbarn" deutlich zum Ausdruck. Neu-erding(7) kann sich der Grundeigentümer, gestützt auf die Eigentumsgarantie mit der staatsrechtlichen Beschwerde gegen eine dem Nachbarn (8) erteilte Baubewilligung wehren, soweit durch die Bewilligung Baurechtsvorschriften verletzt worden sind, die nicht nur die Allgemeinheit schützen, sondern auch dem Grundeigentümer eine rechtlich geschützte Sphäre einräumen. Wann dies der Fall ist, ist anhand der jeweils in Frage stehenden Baurechtsvorschriften zu untersuchen (9).

Ueber die noch weitergehenden Möglichkeiten, die dem Nachbarn mit der Verwaltungsgerichtsbeschwerde zur Verfügung stehen, informiert eingehend BGE 104 Ib 248 E 5. Nach der neuesten Rechtsprechung ist ein Nachbar nach Art. 103 lit.a OG zur Beschwerdeführung legitimiert, auch wenn er eine Verletzung von Normen rügt, die keine nachbar-schützende Funktion haben, sondern allein dem öffentlichen Interesse (Raumplanung, Landschaftsschutz etc.) dienen, sofern er "berührt" ist und "ihm nicht von vornherein bei vernünftiger Würdigung jedes Rechtsschutzinteresse fehlt" (10).

Damit eröffnet sich dem Berechtigten gestützt auf die Eigentumsgarantie ein neuer Zugang zum Richter, der im praktischen Ergebnis die Rechtstellung des bis anhin auf den Zivilprozess verwiesenen Eigentümers erheblich verbessert.

-
- 3) Art. 58 BV; vgl. auch J.P. Müller, Die Garantie des verfassungsmässigen Richters in der Bundesverfassung, ZBJV 106 (1970) 249ff. In BGE 57 I 343f hat das BGE dieses Teilhaberecht aus Art. 4 BV abgeleitet (vgl. auch BGE 95 I 108).
 - 4) Forsthoff, Sozialer Rechtsstaat, 178
 - 5) Benz, 23; J.P. Müller, a.a.O., 251
 - 6) Forsthoff, a.a.O., 178
 - 7) Praxisänderung in BGE 91 I 409ff, insbes. 415ff; bestätigt in BGE 99 Ia 137, 148, 254; 97 I 265; 95 I 197; 92 I 208
 - 8) Nachbarn in einem weiten Sinne, es braucht nicht der Anstösser zu sein.
 - 9) Es trifft in der Regel bei den öffentlichrechtlichen Immissionsbeschränkungen (vgl. BGE 99 Ia 855), ferner bei Fragen der Grenzabstände, der Gebäudeabstände und bei der Regelung der Ausnutzungsziffern zu.

Für den betroffenen Grundeigentümer kann es einen ausschlaggebenden Unterschied ausmachen - gerade bei einem wirtschaftlich übermächtigen immissionsverursachenden Anspruchsgegner - ob er seine Rechte in einem risikoreichen, zeitaufwendigen und kostspieligen Zivilprozess durchsetzen muss, oder ob ihm das einfachere Verfahren der staatsrechtlichen Beschwerde offensteht (11).

Damit rückt erneut der enge Zusammenhang von Grundrecht und Verfahren ins Blickfeld (12). Die tatsächliche Geltung eines Grundrechtes kann beträchtlich erhöht werden, wenn zu hohe verfahrensrechtliche Hürden abgebaut werden (13).

10) BGE 104 Ib 254

11) Vgl. auch Saladin, Grundrechte, 210

12) Dazu bereits vorne § 1 I C. Zur Erweiterung der Beschwerdelegitimation in der neueren Praxis des Bundesgerichtes Kaufmann, Verfassungsgerichtsbarkeit, 347f.

13) Hesse, Bestand und Bedeutung, 436

§ 7 Originäre Leistung

I. Allgemeines

Auf ihre Realisierbarkeit hin zu untersuchen sind jetzt unmittelbar auf grundrechtlicher Grundlage (1) bestehende subjektive Rechte auf eine staatliche Leistung, die unabhängig von einer bereits an andere erfolgte Leistungsgewährleistung gefordert werden können. Wir bezeichnen sie im Anschluss an W. Martens als originäre Leistungsansprüche (2).

In der bundesgerichtlichen Terminologie ist in allgemeiner Weise von "Ansprüchen auf positive Leistung des Staates" die Rede (3); das Bundesverfassungsgericht spricht insoweit von Teilhaberechten, wenn es Ansprüche im Bereich des status positivus meint. Der Begriff der Teilhaberechte findet sich erstmalig im bekannten nc-Urteil des Bundesverfassungsgerichtes (4). Mann kann sich fragen, ob es sinnvoll ist, den Begriff, der bis anhin für Rechte im Bereich des status activus Anwendung fand und dort das tatsächliche Teilnehmen an Entscheidungsvorgängen im Staat bezeichnete (5), in den Leistungsbereich zu transponieren (6). Soweit dies geschieht, soll wohl zum Ausdruck gebracht werden, dass nicht nur das Recht auf Empfang staatlicher Leistung, sondern das Recht auf gleichen Leistungsempfang gemeint ist (7).

Der Herleitung subjektiver Leistungsansprüche (8) liegt das Postulat

-
- 1) Unmittelbar bedeutet hier: ohne ausgestaltende einfachgesetzliche Vermittlung.
 - 2) Martens, Grundrechte 21, unterscheidet zwischen "derivativen Teilhabeansprüchen als Reaktion auf vorgängiges staatliches Handeln und der Einräumung davon unabhängiger, also gleichsam originärer grundgesetzlicher Leistungsansprüche".
 - 3) Zuletzt in BGE 104 Ia 95; wobei das Bundesgericht darunter auch Fälle zählt, die wir als mittelbare Leistung bezeichnen würden (dazu § 9).
 - 4) BVerfGE 33, 303ff; vgl. 330: "grundrechtliche Verbürgung der Teilhabe an staatlichen Leistungen".
 - 5) Kimminich, 697
 - 6) Kritisch dazu Kimminich, 697; von Mutius, 184; Hall, 89 Anm. 17; Friesenhahn, G 29
 - 7) Vgl. bspw. BVerfGE 33, 332: "Gleichberechtigte Beteiligung" an den vom Staat gebotenen Lebenschancen. Vgl. auch die Bemerkungen bei J.P. Müller, Soziale Grundrechte, 866f und Kimminich, 697.
 - 8) Im einzelnen kann sich die Argumentation auf ein institutionelles oder sozialstaatliches Grundrechtsverständnis stützen, vgl. dazu von Mutius, 185f und vorne § 4 IV + V

zugrunde, dass die "faktischen Voraussetzungen der Ausübung klassischer Grundrechte in ihre verfassungsrechtlichen Schutzbereiche" (9) einzubeziehen seien (10, 11); damit in engem Zusammenhang steht der in der einschlägigen Diskussion oft anzutreffende Topos der "Grundrechtseffektuiierung" (12); schliesslich wird hervorgehoben, dass die damit verbundene Expansion der Grundrechte nichts anderes als die Expansion des Staates reflektiere (13): Die Umdeutung der Grundrechte in Leistungsrechte legitimiere sich nicht zuletzt dadurch, als damit - durchaus mit dem traditionellen Anspruch, das Verhältnis Staat - Bürger zu regeln - der leistungs-

9) J.P. Müller, Soziale Grundrechte, 864

- 10) Paradigmatisch diesbezüglich sind folgende Stellungnahmen:
 - "Die Grundrechte werden stärker von ihrer Verwirklichung, ihrer tatsächlichen Geltung, ihrer Ausübbarkeit durch den Grundrechtsberechtigten gesehen. Die grundrechtliche Freiheit, deren Bezug zum geschützten tatsächlichen Substrat in herkömmlicher Sicht nicht selten vernachlässigt blieb, wird somit um die Garantie der tatsächlichen Ausübbarkeit der grundrechtlichen Freiheit erweitert" (Klöpper, 14).
 - "Die Notwendigkeit der 'Erfindung' von grundrechtlichen Teilhaberechten weist auf fundamentale Mängel der traditionellen Grundrechtstheorie: diese sah ab von der Frage der Wirklichkeit und Verwirklichung der Grundrechte im gesellschaftlichen Alltag; sie sah ab von der faktischen Beeinträchtigung der Grundrechtsverwirklichung durch soziale Tatsachen ..." (Willke, 216). Vgl. auch die zahlreichen, weiteren Hinweise bei Klöpfer, 15 Anm. 73 und von Mutius, 186.
- 11) Dieses Postulat liegt insbesondere dann nahe, wenn der Staat auf dem betreffenden Gebiet eine Monopolstellung innehält, vgl. dazu Martens, Grundrechte, 28; Simonius, 18; Leisner DÖV 28 (1975) 73f; Saladin ZSR 86 I (1967) 43f; Hauser 90; Martin, 124ff; BVerfGE 35, 79ff (115); BGE 103 Ia 389.
- 12) Vgl. zur Grundrechtseffektuiierung - jeweils m.w.H. - Klöpfer, 28; von Mutius, 184 Anm. 12; Kratzmann, 79ff; Häberle, Grundrechte, 64f, 67, 69ff; Dax, 78. Paradigmatisch Willke, 213: "Für eine Grundrechtstheorie, deren Orientierungspunkt die praktische Wirksamkeit der Grundrechte ist, beinhaltet dies die Notwendigkeit, die für die optimale Effektivität der Grundrechte notwendigen Voraussetzungen in den gesellschaftlichen Teilsystemen mitzureflektieren". Kritisch zu diesem Prinzip haben sich geäußert: Ehmke, 87ff; Hartwich, 279; Scheuner, Funktion, 507. Vgl. auch allgemein W. Leisner, Effizienz als Rechtsprinzip, Recht und Staat, Heft 402/403, Tübingen 1973
- 13) Willke, 222; Friauf, 675

gewährende Staat der Gegenwart grundrechtlich kontrolliert werden könne (14).

Damit kann folgendes Argumentationsmuster für den postulierten "Umschlag der Abwehrrechte in positive Teilhaberechte" (15) als idealtypisch bezeichnet werden: Ausgehend von der Tatsache, "dass die Nutzung zahlreicher Grundrechte bestimmte faktische Gegebenheiten voraussetzt" (16), soll eine "grundrechtsichernde Geltungsfortbildung" (17), angesichts "brennender Gegenwartsprobleme" (18), die innovativen Möglichkeiten von Grundrechtstheorie und Grundrechtsdogmatik voll ausschöpfen (19) und sich auch mit dem Hinweis "auf das ohnehin nicht strikt geltende Gewaltenteilungsprinzip" (20) nicht vor der Aufgabe drücken, die normativen Gewährleistungen der Freiheitsrechte auf die Vorbedingungen des Freiheitsbegriffes zu erstrecken (21).

Gegenüber diesen nicht unbeachtlichen Argumenten (22) hilft ein Festhalten an kategorialen Unterscheidungen, wonach Grundrechtsbestimmungen Freiheit vom Staat (Freiheitsrechte) oder Leistungen

14) Klöpfer, 2

15) Häberle, Grundrechte, 115

16) Davon ist in der Tat auszugehen; vgl. auch Martens, Grundrechte, 28

17) Häberle, DÖV 25 (1972) 734

18) Willke, 229

19) Beispielhaft etwa Häberle, Grundrechte, 75 Anm. 126, der "Grundrechtsdogmatik als Vorhut der Rechtspolitik" bezeichnet; vgl. dazu auch die kritische Bemerkung von Herzog VVDStRL 30 (1972) 146 (Aussprache).

20) Willke, 229

21) Siehe zu den 'neuen Gehalten', die auf diese Weise den Grundrechten entnommen werden können, J.P. Müller, Soziale Grundrechte, 864 f.

22) Das oftmals beobachtete Leerlaufen der Grundrechte - für den Obdachlosen ist die Wohnfreiheit leere Hülse, bei fehlenden Kapazitäten der Hochschulen die Ausbildungsfreiheit illusorisch - legt es in der Tat nahe, über die dürre negatorische Konzeption hinauszugehen und mit Blick auf das Ergebnis die grundrechtliche Garantie auf positive Gehalte auszudehnen.

des Staates (Sozialrechte) verbürgen (23, 24), nicht weiter; ebensowenig kann eine Ansicht, wonach grundrechtliche Leistungsansprüche weder dem Wortlaut zu entnehmen noch aus der Entstehungsgeschichte ableitbar seien (25), wie auch die apodiktische Feststellung, wonach ein Recht auf eine positive Leistung des Staates ein Novum für das schweizerische Verfassungsrecht sei (26), angesichts des nach geltendem Verfassungsrecht gewährleisteten - positiven - "Armenrechtsanspruches" richtig sein.

Gegenüber einer Ansicht, wonach Menschenrechte nur negativ zu deuten seien, hat Prof. Sørensen anlässlich des belgischen Sprachenstreites mit Nachdruck betont: "Il faut examiner chaque matière et interpréter chaque disposition d'une manière indépendante, sans se laisser égarer par des doctrines juridiques, ni surtout par des

- 23) So Friesenhahn, G 14, der immerhin die Möglichkeiten weiterer Differenzierungen nicht prinzipiell ausschliesst. Ebensowenig ist die 'Begründung', ein Grundrecht enthalte keine Leistungsansprüche, weil es dem status negativus zugehöre, hilfreich sondern vielmehr ein Zirkelschluss und als solcher blosser begrifflicher Leerlauf; so zu Recht Klöpfer, 11 Anm. 61
- 24) Es ist hier nochmals daran zu erinnern, dass das Bundesgericht bis anhin die Möglichkeit originärer Leistungsforderung aus verfassungsmässigen Rechten - vorbehältlich mehrfacher Hinweise auf die bei Aubert, droit constitutionnel, No. 175 erwähnten positiven Rechte (vgl. etwa BGE 97 I 896) - abgelehnt hat. Vgl. aus der neueren Rechtssprechung zur HGF: BGE 103 Ia 378, 102 Ia 542; insbes. zum Anspruch des Gewerbetreibenden auf Benützung öffentlichen Grundes: BGE 99 Ia 398, 97 I 655, 76 I 297; zum Initiativrecht: BGE 97 I 896; zur Versammlungsfreiheit: BGE 98 Ia 367; zu Art. 4 BV: BGE 98 Ia 417; zur Informationsfreiheit: BGE 104 Ia 95; zur Pressefreiheit: BGE 80 II 42; zur Petitionsfreiheit: BGE 98 Ia 488; zur Sprachenfreiheit: BGE 100 Ia 469; zur Eigentumsgarantie: BGE 92 I 510, 92 I 377.
 Aus der Lehre haben sich gegen die Herleitung subjektiver Leistungsrechte aus Grundrechten ausgesprochen: Böckenförde, Grundrechtstheorie, 240; Friesenhahn, G 29; Hesse Grundzüge, 123f; Martens, Grundrechte, 29ff; Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, Art. 7 GG, Rn 86; F. Müller, Grundrechtsdogmatik, 58ff; weitere Hinweise bei Friauf, 675; von Mutius, 185. Vgl. auch vorne § 1 III A Anm. 4.
- 25) So die herrschende österreichische Ansicht, vgl. dazu Rosenzweig, EuGRZ 5 (1978) 471 mit einer sehr interessanten, v.a. funktionellrechtlichen Bedenken brücksichtigenden Begründung.
- 26) So der Bundesrat in BBL 1970 I 178

doctrines dépassées. La doctrine invoquée en l'espèce peut conserver une certaine valeur philosophique lorsqu'il s'agit de caractériser certains des droits reconnus. Cependant, elle n'a aucun caractère normatif" (27).

Dem ist zuzustimmen. Gerade das (Leistungs-)Recht auf unentgeltliche Rechtspflege zeigt, dass kategoriale Unterscheidungen in Leistungs- und Abwehrrechte nichts fruchten. Vielmehr ist von dem heute allein angebrachten Verständnis der Grundrechte als Konstitutionsprinzipien mit negativen und zugleich positiven Gehalten auszugehen und von diesem Punkt aus nach der Tragweite der positiven Gehalte zu fragen. Hier wird sich der Grundrechtsdogmatik die Aufgabe stellen, einerseits die Kriterien anzugeben, bei deren Vorliegen - dies die eine Möglichkeit - positive Grundrechtsgehalte nur als objektive, an den Gesetzgeber gerichtete Verfassungsaufträge verstanden und realisiert werden können, andererseits aber auch die Voraussetzungen zu benennen, bei deren Vorliegen sich die positive Seite der Grundrechte - wie eben etwa beim Armenrechtsanspruch - zu einem individualrechtlich durchsetzbaren Anspruch verdichtet (28).

Für eine Erfassung der Normativität der Grundrechte als Konstitutionsprinzipien bietet sich die von J.P. Müller vorgeschlagene Unterscheidung in verschiedenen normative Teilgehalte an (29). J.P. Müller unterscheidet drei Teilgehalte, die sich in ihrem Konkretisierungsgrad, in ihrer Struktur, im Adressatenkreis und den Möglichkeiten der verfahrensmässigen Realisierung voneinander unterscheiden (30).

Eine programmatische Schicht enthält den objektiven Gehalt der Grundrechte. Grundrechte sind in diesem Sinne "stets neu zu verwirklichende Direktiven jeglichen staatlichen Handelns", die vor-

27) Genaue Quellenangabe bei Wildhaber, Sprachenstreit, 22

28) Diese Aufgabe ist als solche erkannt worden, vor allem besteht Einigkeit darüber, dass das Verhältnis zwischen Verfassungsauftrag und subjektivem Recht als noch nicht völlig geklärt betrachtet werden kann. So Scheuner VVDStRL 30 (1972) 143f; Häberle, DÖV 25 (1972), 733f; J.P. Müller, Soziale Grundrechte, 871; von Mutius, 189.

29) Vgl. dazu J.P. Müller, Soziale Grundrechte, 815ff und 846ff; ders., Grundrechte, 79, 167; zu der Vielschichtigkeit von Grundrechten auch Hesse, Grundzüge, 118ff.

30) J.P. Müller, Soziale Grundrechte, 815f.

ab den Gesetzgeber - aber auch die Exekutive - anvisieren. Wegen der notwendigen Offenheit dieser Gehalte (31) erscheinen sie kaum justiziabel (32). Eine weitere Schicht verwirklicht sich "in Anlehnung an bereits bestehende Rechtsinstitute oder - regeln" (33). Sie aktualisiert sich etwa im Rahmen verfassungskonformer Auslegung der Rechtsätze, insbesondere etwa, wenn Grundrechte bei der Ausfüllung von Generalklauseln relevant werden. Angesprochen ist vorab der Fachrichter. Ein letzter Teilgehalt wirkt unmittelbar und selbständig anspruchsbegründend und räumt dem Berechtigten subjektive Rechte ein. Anvisiert ist hier der Verfassungsrichter. Um diesen normativen Teilgehalt geht es im folgenden.

Die im Zusammenhang mit subjektiv-positiven Rechten sich stellenden Probleme werden gemeinhin unter dem Stichwort 'Justiziabilität' rubriziert (34). Ein grundrechtlich abgestützter Leistungsanspruch ist nur dann justiziabel, d.h. richterlicher Kognition im allgemeinen, sowie richterlicher Bestimmbarkeit und Vollziehbarkeit im besonderen zugänglich, soweit dem Richter "genügend Kriterien juristischer Argumentation zur Verfügung stehen" (35) und, was untrennbar damit verbunden ist, soweit er sich nicht funktionellrechtlich beschränkt sieht.

Die beiden Aspekte sind insoweit nicht trennbar, als jede Norm vor dem Hintergrund des normativen Ensembles einer konkreten Verfassung zu konkretisieren ist (Prinzip der Einheit der Verfassung !). Damit sind diejenigen Bestimmungen, die die gegenseitige Zuordnung der verschiedenen Gewalten regeln, selbst Konstituens jener unabdingbaren 'Kriterien juristischer Argumentation'.

Die Einzelfragen, die im Zusammenhang mit der Justiziabilität subjektiver Leistungsrechte geprüft werden müssen - es handelt sich dabei um eine eigentliche Konkretisierung der in Kapitel 2 erzielten Ergebnisse - sind in einer allgemeinen und damit zwangs-

31) Vgl. dazu vorne § 4 II Anm. 18ff

32) J.P. Müller, a.a.O., 817

33) J.P. Müller, a.a.O., 818

34) Vgl. zur Justiziabilität insbesondere J.P. Müller, a.a.O., 839ff; Benz, 175. Weitere Hinweise bei Göldner, 37.

35) J.P. Müller, Soziale Grundrechte, 844; es geht dabei um die Frage, was der zu konkretisierenden Norm vernünftigerweise noch zu entnehmen ist.

läufig nivellierenden Darstellung kaum zufriedenstellend zu behandeln (36): sie sind zu sehr durch das je in Frage stehende Grundrecht, oft sogar durch die konkrete Fallkonstellation bedingt. Es empfiehlt sich deshalb mehr eine vom Einzelfall herkommende Betrachtungsweise. In diesem Sinn soll zunächst anhand der neulich sowohl dem deutschen als auch dem schweizerischen Verfassungsgericht zur Prüfung vorgelegten Frage eines grundrechtlich abgestützten Anspruches auf Zulassung zu höheren Schulen exemplarisch die ganze Breite des hier angesprochenen Problems dargestellt werden. Für die Prüfung anderer leistungsfordernder Vorstösse kann dann jeweils auf das dort Ausgeführte zurückgegriffen werden.

36) Das stellen auch Klöpfer, 17 und Kratzmann, 86 fest.

II. Problematik originärer Leistungsrechte. Dargestellt an den numerus clausus - Urteilen des Bundesverfassungsgerichtes und des Bundesgerichtes.

A. Ausgangslage

Zunächst werden rein deskriptiv die einschlägigen Urteile der beiden Gerichte dargestellt, um für die im folgenden zu erörternden Einzelfragen eine Diskussionsgrundlage zu schaffen.

1. Das Bundesverfassungsgericht

In der BRD finden sich erste Ansätze einer leistungsorientierten Grundrechtssicht in der Diskussion um den Anspruch auf Fürsorge, auf Tuberkulosehilfe, auf Impfung und auf polizeiliches Einschreiten; dabei steht allerdings die unterverfassungsrechtliche Norm noch deutlich im Vordergrund (1), immerhin indiziert deren Inhaltsumdeutung ein verändertes Verfassungsbewusstsein (2). Dagegen wird der Kampf um die Privatschulsubventionen schon viel deutlicher unter grundrechtlichen Gesichtspunkten geführt (3).

Einen vorläufigen Höhepunkt stellt - nachdem das Thema 'Grundrechte und Leistungsstaat' Gegenstand der Regensburger Staatsrechtslehrrerntagung von 1972 war (4) - das vielbesprochene (5) numerus clausus - Urteil des Bundesverfassungsgerichtes dar (6).

- 1) Es ging oftmals darum, aus einfachem Verwaltungsrecht ein klagbares subjektiv-öffentliches Recht abzuleiten (Kratzmann, 10).
- 2) Vgl. zu diesen Vorstößen die ausführliche Darstellung von Klöpfer, 2ff und Kratzmann, 4ff.
- 3) Dazu Klöpfer, 8ff.
- 4) Vgl. dazu die Berichte von Martens und Häberle sowie die Diskussionsbeiträge in VVDStRL 30 (1972) 7ff, 43ff, 142ff.
- 5) Vgl. etwa Kimminich, JZ 27 (1972) 696ff; Häberle, DÖV 25 (1972), 729ff; von Mutius, Verw. Arch. 64 (1973), 183ff; J.P. Müller, Soziale Grundrechte, 864ff; Hall, Jus 14 (1974) 87ff; Ridder, Sehfahrt tut not, 324ff; Abelein, 18ff; vgl. auch die Hinweise in BVerfGE 43, 291ff (314f).
- 6) BVerfGE 33, 303ff

Das Gericht hatte zu beurteilen, ob sich absolute Zulassungsbeschränkungen für Studienanfänger (7) einer bestimmten Fachrichtung mit der Verfassung vereinbaren lassen. Als Prüfungsausschuss bot sich das in Art. 12 Abs. 1 GG verbürgte Recht, die Ausbildungsstätte frei zu wählen, an. Ausgehend von der (8) These, dass parallel zur sozialen Sicherung und kulturellen Förderung der Bürger durch den Staat die Forderung nach grundrechtlicher Verbürgung der Teilhabe an staatlichen Leistungen in den Vordergrund trete (9), leitete das Gericht aus dem durch den Gleichheitssatz und das Sozialstaatsprinzip aufgefüllten Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 Satz 1 GG ein subjektives Recht auf Zugang zum Hochschulstudium (= Teilhabe an staatlichen Leistungen) ab (10). Nun liegt die Problematik beim *nc* gerade darin begründet, dass die vorhandenen Kapazitäten nicht ausreichen, um jedem Zulassungsberechtigten einen Studienplatz zuzuteilen. Eine Betrachtung, die sich damit begnügt hätte, die Teilhabe auf bestehende Einrichtungen zu beschränken, wäre deshalb am Kern des Problems vorbeigegangen (11). Dem Bundesverfassungsgericht stellte sich deshalb die Frage, ob sich aus dem durch Art. 12 Abs. 1 GG positivierten Verfassungsauftrag zur Bereitstellung ausreichender Ausbildungskapazitäten von Grundrechts wegen ein einklagbarer Anspruch auf Schaffung neuer Studienplätze herleiten lasse (12). Es fand, die

7) Absoluter *nc* bedeutet, dass eine Zulassungsbeschränkung für Studienanfänger einer bestimmten Fachrichtung besteht, verursacht durch Erschöpfung der gesamten Ausbildungskapazität. Demgegenüber wirkt sich der nicht absolute *nc* weniger einschneidend aus; es geht dort 'nur' um lokale und strukturelle Beschränkungen, die die Wahl einer bestimmten Hochschule erschweren, oder um Beschränkungen, die die bereits zugelassenen Studierenden höherer Semester berühren (Häring, 100). Im folgenden geht es nur um den absoluten *nc*.

8) Bereits mehrmals ausführlich zitierten These, vgl. vorne § 2 II A 1 b.aa Anm. 65 und § 4 III Anm. 3.

9) BVerfGE 33, 330

10) A.a.O., 332; bestätigt in BVerfGE 39, 270; 39, 293; 43, 314; 45, 397

11) A.a.O., 332

12) A.a.O., 333

Frage sei noch nicht zu entscheiden, da zurzeit eine Verletzung des Verfassungsauftrages nicht vorliege und führte dazu aus: "Auch soweit Teilhaberechte nicht von vornherein auf das jeweils Vorhandene beschränkt sind, stehen sie doch unter dem Vorbehalt des Möglichen dessen, was der Einzelne vernünftigerweise von der Gesellschaft beanspruchen kann". Dies festzulegen obliege in erster Linie dem Gesetzgeber, der bei seiner Haushaltswirtschaft auch andere Gemeinschaftsbelange zu berücksichtigen und den Erfordernissen des gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichtes (Art. 109 Abs. 2 GG) Rechnung zu tragen habe (13). Es ginge deshalb nicht an - so das Gericht weiter -, die nur begrenzt verfügbaren öffentlichen Mittel unter Vernachlässigung anderer wichtiger Gemeinschaftsbelange bevorzugt nur dem studierenden Teil der Bevölkerung zukommen zu lassen (14). Als zusätzliches Indiz für die fehlende Verletzung des Verfassungsauftrages betrachtete das Gericht die Tatsache, dass die "Verpflichtung, im Rahmen des Möglichen beschleunigt das Notwendige zu tun", von seiten der Verantwortlichen voll anerkannt wird (15).

Das Gericht erklärt damit den Vorbehalt des Möglichen und Vernünftigen zur immanenten Schranke der von ihm kreiierten Teilhaberechte (16).

In BVerfGE 35, 114 hat das Gericht aus der Schlüsselfunktion einer freien Wissenschaft die Pflicht des Staates abgeleitet, sie durch Bereitstellung von personellen, finanziellen und organisatorischen Mitteln zu fördern und darüberhinaus festgestellt: "Der Staat besitzt hinsichtlich dieses Wissenschaftsbetriebes heute weithin ein faktisches Monopol; eine Ausübung der Grundfreiheiten aus Art. 5 Abs. 2 GG ist hier notwendig mit einer Teilhabe an staatlichen Leistungen verbunden" (17).

13) A.a.O., 333

14) A.a.O., 335

15) A.a.O., 335; kritisch dazu von Mutius, 191

16) Bestätigt in BVerfGE 43, 291ff (314)

17) Das Urteil befasst sich vorwiegend mit der organisatorischen Seite jener Wissenschaftsfreiheit, es schliesst aber subjektiv-rechtliche Ansprüche von Wissenschaftlern auf finanzielle Sicherung ihrer Freiheit im Grunde nicht aus.

2. Das Bundesgericht

Das Bundesgericht hat sich jüngst in 3 Urteilen zur Zulässigkeit von Zulassungsbeschränkungen geäußert (18).

Es hatte zunächst im Entscheid Wäffler (19) eine baselstädtische Norm (20), die den Regierungsrat ermächtigt, beim Vorliegen bestimmter Voraussetzungen Zulassungsbeschränkungen einzuführen, auf ihre Verfassungsmässigkeit zu überprüfen. Das Gericht behandelte die Frage als Problem der Delegation. Ausgehend von der Feststellung, dass an eine Delegationsnorm erhöhte Anforderungen zu stellen sind, wenn die delegierte Materie dem Gesetzgebungsvorbehalt unterstellt ist (21) – was insbesondere bei einem Eingriff in verfassungsmässige Rechte der Fall ist (22) – prüfte das Gericht zunächst, ob der nc einen Eingriff in Grundrechte darstellt (23). Nachdem es die Existenz eines Rechts auf Bildung für das schweizerische Verfassungsrecht abgelehnt hatte, verneinte es einen Eingriff in die HGF, da diese – wie auch die persönliche Freiheit (24) und das Gleichheitsgebot (25) – keine Ansprüche auf staatliche Leistung, insbesondere nicht auf Zulassung zu Universitäten verleihe (26). Mithin wird vom Bundesgericht die Ableitung von Teilhaberechten aus Grundrechten abgelehnt (27).

Nicht wegen Verletzung verfassungsmässiger Rechte, sondern wegen Ausdehnung des Gesetzesvorbehaltes auf die leistende Verwaltung

18) BGE 104 Ia 305ff, Entscheid Escher; 103 Ia 394 ff, Entscheid Beeli; 103 Ia 369ff, Entscheid Wäffler.

19) Den es in BGE 103 Ia 402 als Grundsatzentscheid bezeichnet

20) § 34 a des Gesetzes über die Aenderung des Universitätsgesetzes vom 13. Juni 1974

21) BGE 103 Ia 376

22) Die Anforderungen sind insoweit erhöht, als die einen Eingriff in verfassungsmässige Rechte statuierende Delegationsnorm die Grundzüge der Regelung selbst nennen muss und Inhalt, Zweck und Ausmass der erteilten Ermächtigung bestimmen muss (BGE 98 Ia 591).

23) A.a.O., 377ff

24) A.a.O., 389

25) A.a.O., 373

26) A.a.O., 378

27) Das Problem einer grundrechtlich geforderten Kapazitätserweiterung stellte sich damit dem Gericht gar nicht.

(28) - worin die grundsätzliche Bedeutung dieses Entscheides liegt - mass das Gericht die Delegationsnorm an den bereits erwähnten Kriterien (29) - bejahte aber deren Verfassungsmässigkeit (30).

Im gleich folgenden Entscheid Beeli hielt das Gericht an der eingeschlagenen Richtung fest. Wiederum erklärte es eine - diesmal nicht durch Kapazitätsprobleme, sondern durch drohenden Lehrerüberschuss motivierte - Zulassungsregelung zu einem kantonalen Lehrerseminar als nicht gegen Grundrechte verstossend (31), kassierte dann aber die Regelung, weil deren gesetzliche Grundlage die verfassungsrechtlichen Anforderungen nicht erfüllte, die an eine Delegationsnorm zu stellen sind (32). In gleicher Weise argumentierte das Gericht im Entscheid Escher (33).

Der Vergleich der Rechtsprechung der beiden Gerichte legt die Frage nahe, ob das Bundesgericht nicht den grundrechtstheoretischen Horizont hätte weiter fassen und sich die Konzeption der Grundrechte als Teilhaberechte hätte aneignen sollen. Eine Antwort auf diese Frage setzt die Prüfung verschiedener Detailfragen voraus.

B. Positive Anordnungen durch das Bundesgericht ?

Ein erster Einwand könnte zunächst dahin gehen, das Bundesgericht sei infolge der kassatorischen Natur der staatsrechtlichen Beschwerde (34) gar nicht in der Lage, positive Ansprüche des Bürgers gegenüber dem Staat zu schützen.

Das ist aber nur bedingt richtig.

Das Gericht hat zwar wiederholt die grundsätzlich kassatorische Natur der staatsrechtlichen Beschwerde betont (35), aber auch festgehalten: "Anderes gilt, wenn der Verfassungskstreit nicht

28) Seit BVerfGE 40, 248 E 2 a gilt dies auch für die BRD (Noch offengelassen in BVerfGE 33, 357).

29) Vgl. Anm. 22

30) A.a.O., 392 f

31) BGE 103 Ia 397 - 401

32) A.a.O., 404f; insoweit kamen hier die im Wäffeler-Entscheid angestellten Ueberlegungen zum Tragen.

33) BGE 104 Ia 368ff

34) Vgl. dazu Marti, Staatsrechtliche Beschwerde, 163

35) Statt vieler DGE 100 Ia 174, 99 Ia 366

schon mit der Aufhebung der angefochtenen Verfügung, sondern erst mit der Setzung einer neuen verfassungsmässigen Anordnung beendet ist, in welchem Falle das Bundesgericht der kantonalen Behörde verbindliche Anweisungen über den zu setzenden Akt geben kann" (36); insbesondere enthalten im Falle einer gutzumachen-den Unterlassung seine Leitmotive verbindliche Weisungen (37). In diesem Sinne hat das Bundesgericht positive Anordnungen getroffen, indem es eine zu Unrecht verweigerte Polizeierlaubnis erteilte (38); einen Kanton anwies, den Heimatschein auszuhändigen (39) oder die Niederlassungsbewilligung zu erteilen (40) und neue Abstimmungsmodi festlegte (41, 42).

Darüber hinaus hat es Anordnungen getroffen, die unmittelbar die Frage nach der Schaffung neuer Einrichtungen betreffen. In BGE 98 Ia 612ff hat es einen Kanton verpflichtet, für eine den Anforderungen einer absolut geheimen Stimmabgabe genügende Einrichtung der Wahllokale besorgt zu sein; im Entscheid Minelli II führt das aus der persönlichen Freiheit fliessende Recht auf tägliche Bewegung der Gefangenen zur Verpflichtung des Kantons, al-

36) BGE 91 I 412, sinngemäss neuerdings auch BGE 104 Ia 87. In BGE 95 I 123 LS3 war weniger bestimmt von einer "Einladung an die kantonalen Behörden" die Rede.

37) BGE 100 Ia 30

38) BGE 99 Ia 373; 95 I 208 m.w.H.; oft im Zusammenhang mit Bau-bewilligungen.

39) BGE 55 I 26

40) BGE 73 I 292

41) BGE 98 I 70f, 90 I 76

42) Vgl. auch BGE 97 I 54f, wo die positive Anordnung gegeben wurde, einer Untersuchungsgefangenen das Malen zu erlauben. Angesichts möglicher, aus den räumlichen Verhältnissen sich ergebenden Beschränkungen dieses Rechtes verzichtete das Gericht auf eine Konkretisierung dieser Verpflichtung im Dispositiv, was allerdings an der Verpflichtung, "dem Begehren der Beschwerdeführerin in einem mit der Gefängnisordnung vereinbarenden Ausmass zu entsprechen", nichts ändere. Positive Anordnungen können demnach von unterschiedlicher normativer Dichte sein.

lenfalls zusätzliches Bewachungspersonal zu rekrutieren (43).

Angesichts dieser Praxis überzeugt eine rein auf verfahrensmässige Gründe sich stützende Argumentation gegen justiziable Leistungsrechte nicht.

C. Die normative Lage. Verschiedene Strategien gegenüber dem numerus clausus

Die Urteile der beiden Verfassungsgerichte zeigen eindringlich das Bemühen, angesichts einer Situation, in der die "traditions-gemässe" Offenheit der Hochschulen für alle geeigneten Kandidaten (44) durch den absoluten nc beseitigt (BRD) oder zumindest be- droht (CH) ist, mit dem zur Verfügung stehenden rechtlichen Instru- mentarium gegen Zulassungsbeschränkungen anzugehen.

Dabei lassen die Bemühungen der Gerichte, Kriterien für Zulässig- keit und Ausmass des nc zu finden, deutlich zwei verschiedene Stra- tegien unterscheiden: Die eine geht darauf aus, bestehende Kapa- zitätsengpässe über eine Aktualisierung des Grundrechtsgedankens in den Griff zu bekommen, die andere vertraut angesichts dieser Sachlage auf eingespielte Formen demokratischer Partizipation.

Beiden Versuchen liegt (auch) das Bestreben zugrunde, die miss- liche Situation in den Ausbildungsstätten von einer rein fakti- schen in eine Rechtslage zu transformieren. Die eine erreicht dies, indem sie die eben kreiieren Teilhaberechte unter den Vor- behalt des Möglichen und Vernünftigen stellt (45), die andere indem sie - über den Gesetzesvorbehalt für die Leistungsverwal- tung - demokratische Entscheide zu favorisieren sucht, die rechts- verbindlich das 'ob überhaupt' und allenfalls den Umfang eines nc festlegen sollen. Zwei grundverschiedene Wege!

43) BGE 102 Ia 292; in beiden Fällen äusserte sich das Gericht aber weder zu der damit geschaffenen neuen verfahrensrecht- lichen Lage noch vor allem dazu, welche Sanktionen es im Falle einer Nichtbeachtung der Anweisungen zu ergreifen geden- ke. Vgl. zur Durchsetzbarkeit positiver Anordnungen hinten § 7 II C l.c.bb.

44) So BGE 103 Ia 388

45) An diesem Ort werden faktische Kapazitätsgrenzen zu einer nor- mativen Schranke der Ausbildungsfreiheit.

Es ist weder zufällig noch bedeutungslos, dass das Bundesverfassungsgericht sich für den 'grundrechtlichen', und das Bundesgericht sich für den 'verfahrensmässigen' Weg entschieden hat. Diese Wahl spiegelt verschiedene strukturelle Gegebenheiten des demokratischen Willensbildungsprozesses wieder (46); darüber hinaus kommt darin zum Ausdruck, dass in der Institution Bundesverfassungsgericht ein Stück Misstrauen gegenüber dem Gesetzgeber mitinstitutionalisiert ist (47), währenddem dies beim Bundesgericht, so wie es konzipiert ist (Art. 113 Abs. 3) und sich versteht, nicht der Fall ist.

Im Wäffeler-Entscheid (48) zeigen sich die beiden möglichen Wege deutlich: Das Bundesgericht geht zunächst kurz auf die grundrechtliche Lösungsvariante ein, prüft dann aber in grundsätzlicher Weise die verfassungsmässigen Anforderungen, die aus rechtsstaatlich-demokratischen Ueberlegungen und schliesslich auch angesichts ihres aktuellen Stellenwertes für den Bürger an die leistungswährende Verwaltung zu stellen sind.

Wir gehen in dieser Reihenfolge auf die beiden Konzeptionen näher ein, wobei unser besonderes Interesse der grundrechtsorientierten Variante gilt.

1. Grundrechte gegen den numerus clausus

a) Recht auf Bildung

Gegenüber Versuchen, den Zugang zu höheren Ausbildungsstätten über ein Recht auf Bildung sicherzustellen, hat das Bundesgericht entgegnet: "Die konstitutionelle Verankerung eines - über Art. 27 BV hinausgehenden - allgemeinen Sozialrechts auf Bildung ist in der Volksabstimmung vom 4. März 1973 trotz knappem Volksmehr abgelehnt worden (49). Es kann schon deswegen keine Rede davon sein, ein solches Grundrecht in den Katalog der ungeschriebenen

46) Wobei hier vor allem der Unterschied parlamentarische - Referendumsdemokratie ins Gewicht fällt.

47) Vgl. dazu Saladin, Grundrechte, 332f (m.w.H.)

48) BGE 103 Ia 369ff

49) Vgl. BB1 1972 I 421ff; BB1 1973 1730f; über die Entwicklung des Rechtes auf Bildung und den Stand der Diskussion informiert Häring, 67ff.

Verfassungsrechte auf dem (Um)Weg der höchststrichterlichen Rechtsprechung aufzunehmen" (50, 51).

Dem ist zuzustimmen.

Nach der bundesrätlichen Botschaft (52) hätte das schliesslich verworfene Recht auf Bildung als neue Teilinhalte, die noch nicht von geltendem Verfassungsrecht gedeckt worden wären, ein umfassendes Diskriminierungsverbot, die Verpflichtung des Staates zu hinreichender finanzieller Hilfe für sämtliche unbemittelten Begabten, einen Anspruch der Behinderten auf eine adäquate Sonderausbildung und schliesslich die Verpflichtung der öffentlichen Hand, das "Bildungswesen im Rahmen des Möglichen und nach Massgabe bildungspolitischer Richtlinien auszubauen" enthalten (53). Dieses Grundrecht auf eignungsmässige Ausbildung hätte vorab den Gesetzgeber verpflichtet, aber auch individuelle, prozessual durchsetzbare - in der Botschaft allerdings nicht näher spezifizierte - Ansprüche eingeräumt (54). Für ein Verbot des nc hätte es keine genügende Rechtsgrundlage abgegeben (55).

b) HGF in Verbindung mit Art. 2, Art. 4, Art. 31 bis BV

Die HGF könnte insbesondere in ihrem Teilgehalt als Berufsfreiheit (56), als Freiheit der Wahl einer bestimmten beruflichen Ausbildung (57) einen Anspruch auf Zulassung begründen (58).

-
- 50) BGE 103 Ia 398; so bereits 103 Ia 377f; 100 Ia 194; auch Art. 2 Satz 1 des Zusatzprotokollens zur EMRK vom 20. März 1952 begründet keine über die Zulassung zu bestehenden Einrichtungen hinausgehende Leistungspflicht des Staates (Wildhaber, Sprachenstreit, 22).
- 51) Vgl. auch BGE 97 I 547, wo das Gericht kurz auf die Lernfreiheit zu sprechen gekommen ist, aber abgelehnt hat, daraus positive Konsequenzen zu ziehen.
- 52) BBl 1972 I 379ff
- 53) A.a.O., 422
- 54) A.a.O.
- 55) A.a.O., 423
- 56) Vgl. dazu Christen, 248; Gygi, Wirtschaftsverfassung, 154. Die HGF findet sich als Zulassungs- und Ausübungsfreiheit für die private selbständige Erwerbstätigkeit bezeichnet bei J.P. Müller, Soziale Grundrechte, 866; Häring, 79; Marti, Wirtschaftsfreiheit, 51f; vgl. auch BGE 102 Ia 122 m.w.H.
- 57) BBl a.a.O., 422
- 58) Das zieht beispielsweise J.P. Müller, a.a.O., 865f in Betracht

Der Entscheid Beeli (59) zeigt, dass die HGF unter Umständen auch als Verbot der Bedarfslenkung (60) relevant werden kann. Angesichts des Problems, ob in einem Lehrerseminar ein nc - nicht wegen Kapazitätsproblemen, sondern wegen des zu erwartenden Lehrerüberflusses - eingeführt werden darf, erwähnt das Gericht zwar, dass die HGF den Kantonen wirtschaftspolitische Massnahmen, "was die staatliche Ausbildungslenkung nach dem Bedarf darstellt" (61), verbiete. Die HGF gelte aber nur für privatwirtschaftliche Betätigungen, nicht aber für denjenigen, der öffentliche Aufgaben erfülle (62), was auch dann der Fall sei, wenn Zulassung zu staatlichen Bildungseinrichtungen verlangt werde, deren Ausbildung zur Ausübung eines öffentlichen Amtes (Primarlehrer) befähige (63). Das BGer betrachtet somit die HGF im Sinne eines Verbots der Bedarfslenkung nicht als tangiert. Dieser Schluss ist m.E. zumindest vorläufig: Das Gericht hätte bedenken sollen, dass Lehrer auch durch Privatschulen angestellt werden können und dass das Lehrerpapent auch die Möglichkeit zu einer in Richtung privatwirtschaftliche Tätigkeit führenden Weiterbildung eröffnen kann (64). Hier könnte sich über das Verbot der Bedarfslenkung durchaus die Frage nach einem grundrechtlich geschützten Zulassungsanspruch stellen.

Das Bundesverfassungsgericht hat aus der in Art. 12 Abs. 1 GG gewährleisteten Ausbildungsfreiheit in Verbindung mit dem Sozialstaatsprinzip und dem Gleichheitssatz ein subjektives Recht auf Zulassung abgeleitet (65). Mit dem schweizerischen Grundrechtsinstrumentarium könnte durch eine Verbindung von Berufsfreiheit mit Wohlfahrts- und Sicherheitsklausel (Art. 2 und Art. 31 bis BV (66) und Art. 4 BV) analoges erreicht werden (67).

59) BGE 103 Ia 394ff

60) Vgl. dazu Saladin, Recht auf Bildung, 137 und BGE 103 Ia 401 m.w.H.

61) BGE 103 Ia 401

62) Vgl. dazu Marti, Wirtschaftsfreiheit, 40ff

63) BGE 103 Ia 401

64) Das sieht das Gericht selbst in BGE 103 Ia 405

65) BVerfGE 33, 333; Kratzmann, 3ff, 118ff und 125f hält dafür, dass hier noch andere, letztlich auswechselbare Kombinationen möglich wären.

66) Zu ihnen und den Möglichkeiten ihrer Ausschöpfung siehe J.P. Müller, Soziale Grundrechte, 768ff

67) Das BGer hat den Versuch, durch eine Verbindung von Art. 31 BV mit § 12 der baselstädtischen KV ähnliches zu erreichen, in BGE 103 Ia 378 abgelehnt; vgl. auch Saladin, Fairness, 88.

Gelegentlich wird auch eine als ungeschriebenes Grundrecht bezeichnete sog. Ausbildungsfreiheit (68) als Grundlage des Zulassungsanspruches betrachtet: In einer konstitutiv-institutionellen Deutung dieses Rechtes wird verlangt, "dass das staatliche Gemeinwesen die tatsächlichen Möglichkeiten schafft, damit von der garantierten Freiheit auch real Gebrauch gemacht werden kann. Der Einzelne soll ... nicht nur die Freiheit vor staatlicher Intervention haben, sondern er soll die Freiheit zur Ausbildung erhalten, und diese hat er nur, wenn ihm auch tatsächliche Ausbildungsmöglichkeiten zur Verfügung stehen" (69).

Nun ist zunächst festzuhalten, dass 'nur' ein Recht auf gleiche Zulassung gegenüber dem nc nicht die adäquate grundrechtliche Antwort ist.

Ein solches Teilhaberecht ist auch überflüssig. Es bringt nicht mehr, als bereits der Gleichheitssatz - wenn er nicht auf das Willkürverbot verkürzt wird (70) - zu leisten vermag. So hat das BGER im Zusammenhang mit der Zulassung zu einem Lehrerseminar festgestellt: "Aus Art. 4 BV ergibt sich der Anspruch auf rechtsgleiche und willkürfreie Behandlung beim Zugang zu den staatlichen Leistungseinrichtungen" (71).

Gefordert und hier in Frage steht aber vielmehr ein subjektives Recht auf Ausbau staatlicher Bildungseinrichtungen. Das Bundesgericht hat dies allein mit der nicht weiterführenden und in der Absolutheit auch nicht richtigen Bemerkung abgelehnt, dass die HGF keinen Anspruch auf staatliche Leistung begründet (72).

68) Dazu Saladin, Recht auf Bildung, 137; BBL 1972 I 422; Häring, 68f, leitet dieses Grundrecht aus der persönlichen Freiheit ab.

Die Ausbildungsfreiheit geht insoweit über die in der HGF gewährleistete Freiheit der Erlernung eines Berufes hinaus, als sie - nicht notwendig berufsorientiert - von grundlegender Bedeutung für eine harmonische Persönlichkeitsentfaltung ist; ganz zu schweigen von ihrer Bedeutung für das Funktionieren demokratischer Institutionen.

69) Häring, 87

70) Müller, Soziale Grundrechte, 867, 880 und 886ff; vgl. dazu auch § 8

71) BGE 103 Ia 399; im Fall Hell (BGE 92 I 503ff) hat das Gericht festgestellt, dass das Gemeinwesen in der Ausgestaltung der Beziehung zwischen seinen Anstalten und deren Benützern nicht frei sei; bereits dort hatte es aber einen 'Massgabevorbehalt' formuliert, indem es das Leistungsvermögen der Anstalt als Grenze eines allfälligen Benutzungsrechtes formulierte (a.a.O., 511).

72) BGE 103 Ia 378

Die bisherige normative Bestandesaufnahme lässt noch keine Entscheidung zu, ob der HGF in Verbindung mit den Art. 2, 4 und 31 bis BV solche Rechte zu entnehmen sind (73).

Soll das Postulat, wonach eine Norm nur mit stetem Blick auf das normative Ensemble einer konkreten Verfassung konkretisiert werden darf (74), ernstgenommen werden, so sind weitere Abklärungen nötig.

Im Sinne einer Arbeitshypothese - um die Probleme einer justiziellen Realisierung untersuchen zu können - soll deshalb zunächst einmal von der Existenz des hier thematisierten Anspruches ausgegangen werden (75).

c. Probleme

aa) Fehlende normativ-determinierte Kraft der Grundrechte und funktionellrechtliche Implikationen.

Der Ausbau der Hochschulen erfordert nicht nur den Einsatz erheblicher finanzieller Mittel, er hat auch nach Massgabe langfristiger angelegter "bildungspolitischer Richtlinien" (76) zu erfolgen, mit anderen Worten, er muss in ein breit abgestütztes hochschulpolitisches Konzept eingebettet sein.

Art. 2 und Art. 31 bis BV die - so unsere Hypothese - in Verbindung mit der HGF die normative Basis eines individualrechtlich durchsetzbaren Anspruchs auf Ausbau staatlicher Bildungseinrichtungen abgeben, erweisen sich indessen sowohl für die langfristigen Rahmenbedingungen wie auch für die Einzelheiten des geforderten Ausbaus von äusserst geringer normativ-determinierender Kraft.

73) Auch rechtsvergleichende Ueberlegungen und von internationalen Organisationen aufgestellte Normen (vgl. die Uebersicht bei Häring, 66ff) - die u.U. auch zu berücksichtigen sind, wenn sie für die Schweiz nicht völkerrechtlich verbindlich sind (BGE 102 I 308) - stellen hier keine weiterführende Konkretisierungshilfe dar.

74) Dieser Sicht geht es vor allem darum, die Verträglichkeit eines Konkretisierungsergebnisses mit dem gesamten Verfassungsgefüge nicht aus den Augen zu verlieren.

75) Es geht dabei - wie angekündigt - darum, die mit dem Stichwort Justiziabilität bezeichneten Probleme im einzelnen darzustellen.

76) Vgl. dazu Häring, 98

Ihnen sind auf dem Weg der Konkretisierung kaum normativ gedeckte Massstäbe für Umfang, Art und Weise und Schwerpunktbildung des Hochschulausbaues (77) zu entnehmen.

Damit ist überhaupt ein wesentliches Problem von auf Grundrechte abgestützter Leistungsforderung bezeichnet: Oftmals wird es unmöglich sein, den Grundrechten selbst Massstäbe für den Umfang der Leistungsgewährleistung zu entnehmen (78). Zwar bestehen auch im Bereich der klassischen Abwehrfunktion der Grundrechte erhebliche Konkretisierungsspielräume. Sie sind jedoch angesichts des Bezugsrahmens, den die geschichtliche Tradition, die Funktion der Grundrechte im politischen Prozess (79), die Vorentscheidung ähnlich gelagerter Fälle und die Dogmatik des Verfassungsrechtes bilden (80), erheblich kleiner.

J.P. Müller (81) weist zusätzlich darauf hin, dass Rechtsunsicherheit und Rechtsungleichheit die Folgen wären, wenn der Richter im Einzelfall durch Grundrechtskonkretisierung im noch weiterhin unbestimmten Bereich sozialer Leistung die Markpfähle setzen würde. Fragen mit sozialpolitischem und gesamtwirtschaftlichem Einschlag müssen rechtsatzmässig, nicht aber einzelfallmässig durch den Richter entschieden werden. Die HGF – mit dem hier hypothetisch angenommenen Inhalt – müsste minimal bestimmt sein, andernfalls, so hat das BGer in BGE 102 Ia 138 allgemein erklärt, hält die daraus abgeleitete Entscheidung vor dem Gebot der Rechtssicherheit nicht stand. Offensichtlich erfüllt sie dieses Erfordernis nicht.

77) Dabei ist immerhin festzuhalten, dass im Unterschied zu den (sozialen) Rechten auf Arbeit oder Wohnung, wo der Staat nur sehr beschränkt in der Lage ist, überhaupt über das Anspruchsobjekt zu verfügen, im Hochschulsektor die alleinige Zuständigkeit des Staates vorausgesetzt werden kann. Die 'Voraussetzung grundrechtlicher Freiheit' befindet sich in der Hand des Staates, insofern ist er auch klar Anspruchsgegner.

78) Vgl. zur fehlenden Bestimmtheit Böckenförde, Grundrechtstheorie, 240; Hesse, Grundzüge, 124; Friesenhahn, 29ff; Friauf, 677; Kratzmann, 19; Abelein, 15 und – insbesondere für den Gleichheitssatz – Podlech, Gleichheitssatz, 202; es geht hier um dieselbe Problemlage, wie sie bei den sozialen Grundrechten beschrieben worden ist, vgl. Brunner, 13ff; Wildhaber, Soziale Grundrechte, 389; Benz, 109ff; E. Grisel, 142; J.P. Müller, Soziale Grundrechte, 844ff.

79) J.P. Müller, Soziale Grundrechte, 844

80) Hesse, Grundzüge, 27

81) A.a.O., 857

Die Problematik spitzt sich weiter zu, indem "im Zeichen knapper Ressourcen" unvermeidliche Prioritätsentscheidungen über den Einsatz und die Verteilung der verfügbaren staatlichen Mittel gefällt werden müssen (82).

Zunächst leuchtet ein, dass auch hinsichtlich dieser Frage den Grundrechten keine genügenden Beurteilungsmassstäbe zu entnehmen sind.

Auch wenn Fragen funktionellrechtlicher Art vorerst unberücksichtigt bleiben, ist offensichtlich, dass dem Richter das notwendige Sachwissen fehlt, um die sich hier stellende "titanische Konkretisierungsaufgabe" (83) zu lösen. Dem Richter fehlen die Daten zu einer sachgerechten Steuerung des Bildungswesens (84), "und er ist nicht geeignet zur Perzeption und Koordinierung der verschiedenen Kräfte und Interessen im weiten politischen Feld, was zur Setzung von Prioritäten unter den verschiedenen Sozialpostulaten und der Bestimmung der Mittel zu ihrer Verwirklichung ... notwendig ist (85)".

Ist aber der Verfassung diesbezüglich eine grundrechtlich gebotene Präferenzordnung nicht zu entnehmen, so handelt es sich um eine politisch offene Frage. Nach geltender Rechtslage hat diese nicht der politisch nicht verantwortliche Richter (86), sondern die Legislative zu entscheiden (87).

Politisch offene Grundsatzentscheidungen sind nicht justiziabel (88). Würde man solche Fragen politischer Wertsetzung und Rechtsfindung dem Richter überlassen, sie also formell als eine Frage der Grundrechtsinterpretation behandeln, so wäre eine erhebliche

82) Böckenförde, Grundrechtstheorie, 239; Abelein, 25

83) Wildhaber, Soziale Grundrechte, 389

84) Auch Haller, Supreme Court, 342, weist darauf hin, dass sich Verfassungsgerichte angesichts fehlender Möglichkeiten zur Beschaffung der notwendigen Daten bei der Aufstellung umfassender und zugleich detaillierter Regelungen Zurückhaltung auferlegen sollten.

85) J.P. Müller, Soziale Grundrechte, 853; daran ändert auch nichts, dass Urteile höchster Gerichte oft auf umfangreichen Tatsachenfeststellungen, auf der Erhebung sog. legislative facts (vgl. zum Begriff Philippi, 7) basieren. Ueber die diesbezügliche Praxis des BVerfGE informiert K.J. Philippi, Tatsachenfeststellungen des Bundesverfassungsgerichtes, Köln, u.a. 1971.

86) Hesse, Grundzüge, 124; Friesenhahn, G 3, 13; Ehmke, 96.

87) Podlech, Gleichheitssatz, 207

88) J.P. Müller, Soziale Grundrechte, 844

Kompetenzverschiebung zulasten der Legislative die Folge: Der demokratische Willensbildungsprozess würde entscheidend verkürzt, wenn hier richterlich festzustellende, so und nicht anders einzulösende grundrechtliche Verpflichtungen angenommen würden (89). Dies kann schon aus Gründen des allgemeinen Gewaltenteilungsprinzips nicht so sein; ein expliziter normativer Hinweis auf die Unzulässigkeit findet sich in dem neuerdings von Starck betonten (90) und in der Schweiz in Art. 85 Ziff. 10 BV positivierten Prinzip der haushaltspolitischen Priorität des Parlamentes. Es verbietet die Uminterpretation von Grundrechten in Leistungsrechte, soweit dadurch in die finanzpolitischen Entscheidungskompetenzen des Parlamentes eingegriffen wird (91).

Erwägungen dieser Art waren ausschlaggebend, dass Beschwerden wegen Verletzung eines vergleichbaren Rechtes, nämlich des Rechtes auf unentgeltlichen Primarschulunterricht (Art. 27 BV), dem Bundesrat zugewiesen wurden (92): "Dabei war die Erwägung wegleitend, dass Rechte auf Leistungen sich für die Verfassungsgerichtsbarkeit nicht eignen, da auf diesem Weg wohl Verfassungswidrigkeiten festgestellt, aber nicht wohl Leistungen bemessen werden können" (93).

-
- 89) Auf die funktionellrechtlichen Implikationen von Leistungsrechten machen aufmerksam: Friesenhahn, G 3; Wildhaber, Soziale Grundrechte, 389; Martens, Grundrechte, 29ff; Hesse, Grundzüge, 124 und ders. Bestand und Bedeutung, 434; Böckenförde, Grundrechtstheorie, 239; Schneider, Gesetzmässigkeit, 449. Darin liegt auch die Ablehnung der Teilhaberechtskonzeption durch den österreichischen Verfassungsgerichtshof begründet, vgl. EuGRZ 5 (1978) 471ff.
- 90) Starck, 83, in diesem Sinne auch Martens, Grundrechte, 35; Kratzmann, 98
- 91) Da sich die staatsrechtliche Beschwerde nur gegen die Kantone richtet, steht bei einer exzessiven Leistungsrechtsprechung primär die haushaltspolitische Entscheidungskompetenz des kantonalen Gesetzgebers in Frage.
Bei kantonalen Leistungen von einigem Ausmass sind die Kantone aber in weitem Ausmass auf Bundeshilfe angewiesen. Finanzielle Entscheide auf Bundesebene erfolgen in der Form einfacher Bundesbeschlüsse (Art. 8 in Verbindung mit Art. 5 - 7 des Geschäftsverkehrsgesetzes vom 23. März 1962 - SR 171.11). Allein Art. 14 Abs. 1 des BG über die Hochschulförderung (SR 414.20) verlangt diesbezüglich einen allgemeinverbindlichen Bundesbeschluss. Jedenfalls sind diese Erlassformen - auch wenn dies die grammatikalische Auslegung von Art. 113 Ziff. 3 BV nicht unbedingt nahelegt - bundesgerichtlicher Beurteilung entzogen (Marti, Staatsrechtliche Beschwerde, 86). Vor diesem Hintergrund würde ein die Kantone zu Leistungen verpflichtendes Urteil wegen seiner indirekten Auswirkungen auf die haushaltspolitischen Freiheiten des Bundesgesetzgebers zusätzliche Probleme aufwerfen.
- 92) Art. 73 Abs. 1 lit.a Ziff. 3 VwVG
- 93) BBl 1949 III 849 Anm. 1

bb) Fehlende Durchsetzbarkeit

Die Rechtsnorm als Sollensnorm muss durchsetzbar, erzwingbar, sanktioniert sein (94). Ist eine staatsrechtliche Beschwerde begründet, so hebt das Bundesgericht den angefochtenen Hoheitsakt auf, damit ist in aller Regel die Rechtswidrigkeit behoben und der frühere rechtmässige Zustand wiederhergestellt (95). Nun leuchtet ein, dass dieses Vorgehen auf die Eingriffsverwaltung zugeschnitten ist und hier sogar eine gewisse mobilisierende Wirkung entfalten kann: Der kantonale Gesetzgeber, etwa auf die fehlende gesetzliche Grundlage für einen Grundrechtseingriff hingewiesen, wird gezwungen zu handeln, wenn das Gemeinwesen das anvisierte Ziel nicht preisgeben will (96).

Für den Bereich der Leistungsverwaltung wird damit nichts zu erreichen sein. Das Bundesgericht kann indessen unter bestimmten Voraussetzungen auch positive Anordnungen zur Wiederherstellung der verfassungsmässigen Lage treffen, sogar in Fällen, wo neue Einrichtungen zu schaffen sind (97). Wir haben aber auch gesehen, dass sich das Gericht zur Durchsetzbarkeit dieser Anordnungen nicht geäußert hat. Insoweit bliebe ihm wohl nichts anderes übrig, als mit dem Bundesverfassungsgericht festzustellen: "Im verfassungsgerichtlichen Verfahren, das ohnehin wegen der beschränkten Vollstreckungsmöglichkeiten die loyale Zusammenarbeit der verschiedenen staatlichen Gewalten geradezu voraussetzt, darf angenommen werden, dass die (se) "moralische" Wirkung auf den Gesetzgeber dem Spruch des höchsten und gerade zur Auslegung der Verfassung berufenen Gerichts in erhöhtem Masse zukommen wird" (98).

In der Tat bleibt ausser dieser höchst unsicheren moralischen Wirkung kaum etwas übrig. Die Durchsetzbarkeit eines Ausbaus von Hochschulen gegenüber dem Bundesgesetzgeber ist dem Bundesgericht

94) Benz, 165

95) Marti, Staatsrechtliche Beschwerde, 163

96) J.P. Müller, Soziale Grundrechte, 912; Marti, a.a.O., 163

97) Vgl. vorne § 7 II B

98) BVerfGE 6, 257ff (266)

schon aufgrund von Art. 113 Ziff. 3 BV verwehrt (99). Gegenüber den zudem in weitem Ausmasse auf finanzielle Hilfe des Bundes angewiesenen Kantonen sind Aufforderungen kaum erfolgsversprechender: Der finanzintensive Ausbau der Universitäten bedarf auf jeden Fall der Zustimmung des kantonalen Gesetzgebers, die kaum durch bundesgerichtliche Erwägungen präjudiziert werden kann (100) - es bestünde einzig die Gefahr, dass die Institution Bundesgericht durch eine Nichtbeachtung der Urteile selbst in Mitleidenschaft gezogen würde (101).

d) Schlussfolgerung

Angesichts fehlender normativer Prägnanz der Grundrechte, funktionellrechtlicher Problematik und fehlender Sanktionsmöglichkeiten bleibt nur übrig, ein über die Zulassung zu bestehenden Einrichtungen hinausgehendes Recht auf Ausbau der Hochschule unter den Vorbehalt des Möglichen zu stellen und gesetzgeberischer Konkretisierung anzuvertrauen.

Diese Konsequenz ist unabwendbar. Das Bundesverfassungsgericht sah sich gezwungen, sie zu ziehen (102), und auch P. Häberle muss insoweit - trotz weitausgreifender Skizze über 'Grundrechte im Leistungsstaat' - die Teilhaberechte auf das Format von Massgabegrundrechten zurücknehmen (103).

Wozu denn aber überhaupt Grundrechte als Teilhaberechte?

Mir scheint es irreführend, den Grundsatz, wonach "jedem hochschulreifen Staatsbürger an sich ein Recht auf Zulassung zum Studium seiner Wahl" zusteht (104), teilhaberechtlich - mit dem

99) J.P. Müller, Soziale Grundrechte, 910

100) Praktisch käme nur eine Intervention des Bundesrates, der nach Art. 102 Ziff 5 BV mit dem Vollzug der Urteile des Bundesgerichtes beauftragt ist, in Frage. Sie hätte sich in den Formen der sog. Bundesexekution (Art. 102 Ziff. 2, vgl. dazu Fleiner/Giacometti, Bundesstaatsrecht, 144) abzuspielen; denkbar wäre auch eine Ersatzvornahme (Fleiner/Giacometti, a.a.O., 146)...

101) So zu Recht J.P. Müller, a.a.O., 862 Anm. 551

102) BVerfGE 33, 333f

103) Häberle, Grundrechte 91ff, 139 (LS 4); dieser Vorbehalt soll nach Häberle das einzelne Teilhaberecht in das Ganze der Verfassung einbetten (So Häberle, DöV 25 (1972), 731).

104) BVerfGE 43, 355

Impetus, dass er - der Grundsatz - in "seiner normativen Geltung nicht vom geringeren oder höheren Grad der Realisierungsmöglichkeit abhängen" könne (105), zu formulieren, wenn er genau das Geforderte, nämlich eine Kapazitätserweiterung, nicht zu leisten vermag (106). Die Warnsignalfunktion der Teilhaberechte (107), ihre edukatorische Wirkung (108), dürfte kaum über die in einer konstitutiv verstandenen Bildungsfreiheit bereits enthaltenen objektiv-rechtlichen positiven Gehalte hinausgehen (109). Wenn so die Häufung von Verfassungsartikeln (110) zu Teilhaberechten für das hier zu untersuchende Problem der Kapazitätserweiterung nicht mehr bringt als die einzelne Norm, nämlich faktisch nichts (111), so kann auf die Konstruktion verzichtet werden (112). Dieser Schluss liegt umso näher, als der

105) A.a.O.

106) Dies aus den beschriebenen Gründen. Das Bundesverfassungsgericht hat im ersten nc-Urteil zusätzlich die Voraussetzungen, bei deren Vorliegen eine Verletzung der Teilhaberechte gegeben sein soll, so hoch angesetzt, dass damit kaum je zu rechnen ist. Dazu eingehend von Mutius, 191f und Abelein, 19, der feststellt: "Trotz mutiger Ankündigung eines neuen Verständnisses hat das BVerfGer die daraus resultierenden Konsequenzen nicht gezogen" - richtiger wäre die Feststellung, dass es sie nicht hat ziehen können.

107) So Häberle DöV 25 (1972) 732, der sich für die Zukunft noch "einige Sprengkraft" des Urteils erhofft (a.a.O., 729)

108) "Im Rahmen des Möglichen beschleunigt das Notwendige zu tun ..." (BVerfGE 33, 335)

109) Kimminich, 699, spricht denn auch von einem "rührenden Dokument der Hilflosigkeit", dass die Schaffung neuer Studienplätze nicht beschleunigen werde; skeptisch auch Ridder, Gefahrt, 328ff

110) Wo normativ nichts drin ist und die Zuordnung der Funktionen im Konkretisierungsprozess Grenzen setzt, führt auch eine Häufung von Verfassungsartikeln nicht weiter. Die Art. 12 Abs. 1 GG resp. Art. 31 BV stellen eine in jeder Beziehung zu schmale Basis dar, um die einschlägigen Kapazitätsprobleme zu lösen.

111) Ist die Hochschule nicht ausgelastet, so kommt jeder Hochschulreife hinein; sind allerdings die Grenzen der Kapazität erreicht, so nützt ihm auch ein Teilhaberecht nichts.

112) Skeptisch - vor allem mit Hinweis auf den systematischen Widerspruch von originären Teilhaberechten und demokratischer Ordnung - auch Hesse, Bestand und Bedeutung, 434

einzig greifbare normative Niederschlag, nämlich das Recht auf Zulassung zu vorhandenen Einrichtungen, bereits auf konventionellem, weniger pathetischem Weg (Art. 31 BV i.V.m. Art. 4 BV) erreicht werden kann.

Die Teilhabekonzeption trägt latent die Gefahr in sich, die "Unterscheidung und Zuordnung der Funktionen von Rechtskonkretisierung zu überspielen" (113).

Es ist daran zu erinnern, dass die Verfassung keine abschließende Ordnung eines Lebensbereiches ist, die für jeden denkbaren Konflikt eine grundrechtliche Lösung parat halten muss; der Richter kann sehr wohl zu der Ansicht gelangen, sie enthalte zu einer bestimmten Frage - wie etwa zum grundrechtlich durchsetzbaren Ausbau der Hochschulen - keine Aussage (114). Diese Lösung erscheint weniger problematisch, als wenn "durch Lückenausfüllung ... gleichsam auf Biegen und Brechen" (115) ein faktisch unergiebiges, "illusionierendes" (116) Teilhaberecht kreiert wird.

Aus diesen Gründen ist der Ablehnung der Teilhaberechtskonzeption durch das Bundesgericht zuzustimmen.

Ich halte die Ablehnung des hier thematisierten Leistungsrechtes nur mit den soeben beschriebenen Schwierigkeiten für begründbar, nicht aber mit Ueberlegungen, wie sie etwa von W. Martens, H.H. Rupp, H.P. Ipsen u.a. (117) vorgetragen wurden und die - von einem einseitigen und übersteigerten Freiheitsverständnis her - dahin gehen, dass der Staat soziale Gegebenheiten nur um den Preis der Freiheit garantieren könne (118), dass Teilhabe der Gegensatz freiheitlichen Eigenhabens und insoweit der Feind aller grundrechtlichen Freiheit im Sinne des westlichen Verständ-

113) F. Müller, Arbeitsmethoden, 203

114) Däubler, 46; auch F. Müller, Positivität, 21f betont, dass eine materiale Ganzheit der Verfassung im Sinne einer Allumfassendheit ihrer Regelungsmaterien positivrechtlich nicht nachweisbar sei.

115) F. Müller, Arbeitsmethoden, 202

116) Ridder, Sehfahrt, 341

117) In dem Sinne auch Kratzmann, 112. Vgl. auch die weiteren Hinweise bei Ipsen, 295f.

118) Martens, Grundrechte, 33

nisses sei (119) und schliesslich in der "Verbürgung einer Teilhabe an Staatsleistungen eine sozialstaatliche Infragestellung der Grundrechtsordnung" sehen (120).

Die durch die Teilhaberechte intendierte Chancengleichheit (121) steht nicht in einem antinomen Gegensatz zu der von der Verfassung gemeinten Freiheit (122), nur ist sie auf verfassungsgerichtlichem Wege nicht durchsetzbar - als Ziel politischer Aktivität hingegen ist sie unaufgebbar.

2. Verfahrensmässige Lösung

Das Bundesgericht hat eine andere Richtung eingeschlagen, auf die kurz einzugehen ist. Es hat der Prüfung grundrechtlicher Fragen wenig Platz eingeräumt, dabei festgestellt, dass "entgegen der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes zum deutschen GG für das schweizerische Recht (keine) ... Teilhaberechte, die den Zutritt zu den Ausbildungseinrichtungen gewährleisten würden, aus der HGF abgeleitet werden (können)" (123) und sich dann anderen Problem zugewendet.

119) Rupp, 180

120) Ipsen, 295, der - insoweit deutlich - durch Leistungsanforderungen die "rechtstaatliche Eigentumsgewährleistung" gefährdet sieht.

121) Sie wird allzu oft von egalitätsfeindlicher Seite mit durchsichtiger Zielsetzung als Gleichmacherei verketzert. Gemeint ist, dass die Menschen gleich sind "im Hinblick auf den Rang ihrer Existenz, insbesondere auch in ihrem Zugang zur (Möglichkeit der) Freiheit im Sinne des Fehlens willkürlicher Beschränkungen der Selbstverwirklichung" (Dahrendorf, Reflexionen über Freiheit und Gleichheit, in ders., Gesellschaft und Freiheit, München, 1965, 379). Es geht darum, die tatsächlichen Voraussetzungen anzugleichen, unter denen von den rechtlich garantierten Freiheiten Gebrauch gemacht werden kann; so zu Recht J.P. Müller, Soziale Grundrechte, 883.

122) Dazu eingehend Willke, 224ff. Das Gemeinte mag ein Wort Blochs verdeutlichen: "Sofern und solange Freiheit nicht aufs engste mit Gleichheit verknüpft ist, bleibt sie Chimäre; Freiheit ist Befreiung von Druck, und Druck wird bewirkt durch ökonomische Ungleichheit und ihre Effekte" (Bloch, Naturrecht und menschliche Würde, Frankfurt 1972, 188).

123) BGE 103 Ia 388

In allen dem Bundesgericht zur Prüfung vorliegenden nc-Fällen war "Hauptpunkt des Streites" (124), ob die in den jeweiligen Gesetzen enthaltene - oder behauptete (125) - Delegation rechtsetzender Befugnisse den verfassungsmässigen Anforderungen zu genügen vermöge (126). Gilt der Gesetzesvorbehalt für die zu regelnde Materie - wie im Bereich der Eingriffsverwaltung - sind an eine Delegationsnorm erhöhte Anforderungen zu stellen. Eingriffe standen aber, da nach Ansicht des Bundesgerichtes verfassungsmässige Rechte durch den nc nicht tangiert werden, nicht zur Diskussion. Angesichts dieser prozessualen Lage prüfte das Gericht, ob der Gesetzesvorbehalt auf die Leistungsverwaltung auszudehnen sei.

Es bejahte dies (127). Es hielt die Beschränkung des Gesetzesvorbehaltes auf 'Eingriffe in Freiheit und Eigentum' im Hinblick auf die kantonale und eidgenössische Referendumsdemokratie für unhaltbar (128). Als Leitidee kann dabei gelten, dass es keine nur vom Recht umschlossene, sondern nur noch von Gesetzesrecht durchdrungene Staatsbereiche geben soll (129). Das ist gerade für den Bereich der Leistungsverwaltung umso mehr zu fordern, als Umfang und Intensität der Massnahmen der leistenden Verwaltung und damit ihre Bedeutung für den Einzelnen zunehmen (130) und ihr Unterbleiben oft nicht weniger bedeutungsvoll als ein Eingriff ist. Insoweit wird auch die Unterscheidung Eingriff-Leistung problematisch und grundsätzlich fragwürdig (131).

Diese Entwicklung der Rechtsprechung ist zu begrüssen (132). Der Grundsatz der Gesetzmässigkeit bezweckt - neben der Verhinderung einer Kumulierung von Rechtsetzungs- und Rechtsanwendungskompeten-

124) A.a.O., 374

125) So im Entscheid Beeli

126) BGE 104 Ia 309; 103 Ia 374, 402; vgl. zur grundsätzlichen Zulässigkeit der Delegation BGE 103 Ia 404

127) BGE 103 Ia 376ff, bestätigt in BGE 103 Ia 402 E 3a und 104 Ia 309

128) BGE 103 Ia 380f

129) Vgl. vorne § 2 A 1 b bb

130) BGE 103 Ia 381; vgl. auch vorne § 2 II A 1 b aa

131) Vgl. dazu § 6 II A Anm. 4-14

132) Sie wurde auch schon lange gefordert, vgl. die Hinweise in BGE 103 Ia 377

zen - die "politischen Mitbestimmungsrechte der Bürger zu garantieren" (133). Im Bereich der Leistungsverwaltung stellt er das demokratische Prinzip sicher und gibt dem Bürger die Möglichkeit, auf einen für ihn immer wichtiger werdenden Bereich durch direkte (134) oder indirekte (135) Mitwirkung bei der Gestaltung der Gesetze Einfluss zu nehmen (136, 137).

Daran ist zweierlei bemerkenswert:

- Das Urteil kommt der bereits mehrmals erwähnten Meinung entgegen, wonach auf Probleme des Leistungsstaates verfahrensorientierte Lösungen die adäquate Antwort sind (138). Neuerdings hat K. Hesse (139) in diesem Sinne hervorgehoben, dass der Gedanke der Teilhaberechte - aus den besprochenen Gründen - zu Wirksamkeit und Schutz der Grundrechte wenig beitragen könne, viel wichtiger werde, dem Zusammenhang von Grundrechten und Verfahren die Aufmerksamkeit zuzuwenden (140).

133) BGE 103 Ia 383

134) Mittels Initiative oder Referendum

135) Ueber die gewählten Vertreter

136) BGE 103 Ia 383, 390. Hieran schliesst sich allerdings die Forderung an das BGer an, im Bereich der Eingriffsverwaltung das Erfordernis der gesetzlichen Grundlage vermehrt in einem formellen Sinne zu verstehen und damit das Moment der demokratischen Erzeugung als Grundlage des Legalitätsprinzips stärker zu betonen. Anderer Ansicht Saladin, Grundrechte, 370f, für den Rationalität und Voraussehbarkeit die Vorbedingungen für staatliche Eingriffe sind, und der von daher alle Rechtsformen als Eingriffsgrundlagen akzeptiert, die diese Voraussetzungen erfüllen; ähnlich auch das BGer im Entscheid Schweiz. Journalisten-Union (104 Ia 83ff) in der nicht abgedruckten E 3 c.

137) Oppermann, Nach welchen rechtlichen Grundsätzen sind das öffentliche Schulwesen und die Stellung der an ihm Beteiligten zu ordnen? Gutachten zum 51. Deutschen Juristentag, München 1976 Bd I, C 45 weist darauf hin, dass das Ausmass der Geltung des allgemeinen Gesetzesvorbehaltes - gleiches gilt für die Anforderungen, die an eine Delegationsnorm gestellt werden - im Bildungsbereich eine demokratisch-politische Frage von immenser Breitenwirkung darstellt.

138) Vgl. v.a. vorne § 1 I C

139) Hesse, Bestand und Bedeutung, 434

140) Und zwar gerade bei den materiellen Grundrechten, deren Gegenstand nicht unmittelbar Organisations- und Verfahrenssätze sind, vgl. die Beispiele bei Hesse, a.a.O., 434ff (Ziff.4).

-Darüber hinaus lässt sich jetzt auch die eingangs erwähnte Verschiedenheit der beiden gegen den nc - gerichteten Konzeptionen in ihrer Tendenz schärfer konturieren. Die vom Bundesverfassungsgericht vorgelegte - grundrechtsorientierte - Teilhabekonzeption zielt - wenn auch in ihren praktischen Ergebnissen recht mager - auf Zuteilung von Hilfe durch den Staat, nicht aber auf eine Stützung des einzelnen als Subjekt des leistungsstaatlichen Geschehens. Unwillkürlich fällt hier eine gewisse Nähe zu Prämissen negatorischer Konzeptionen auf: dem negatorisch abzuwehrenden Staat entspricht der gewährende, zuteilende (141) - beide Male ist er tendenziell der gesellschaftlichen Sphäre entrückt. Demgegenüber sind die bundesgerichtlichen Urteile - zumindest von ihrer Stossrichtung her - mehr auf aktives Gestalten denn auf passives Empfangen gerichtet. Darauf verlassen kann das Gericht sich aber nur, weil jenes aktive Gestalten durch direkt-demokratische Institutionen erleichtert wird. Damit scheint sich zu bestätigen, dass die grundsätzlichen Unterschiede in der Rechtsprechung der beiden Gerichte zum nc auf strukturelle Verschiedenheiten im demokratischen Willensbildungsprozess zurückzuführen sind.

Die bundesgerichtliche Konzeption zeichnet sich dadurch aus, in nc-Fragen durch höhere Anforderungen an Delegationsnormen restriktiv gegen eine zu weitgehende Usurpation rechtsetzender Funktionen durch die Exekutive einzuschreiten und so demokratische Entscheide zu favorisieren - letztlich die einzige Möglichkeit, um Zulassungsbeschränkungen - wenn überhaupt - zu legitimieren.

Diese Konzeption verlässt sich - auch gerade in Fällen, wo ein kantonales Gesetz nicht delegiert, sondern die genannte Materie selbst detailliert regelt - allein auf jene politischen Garantien, "die sich daraus ergeben, dass im Parlament und in der Öffentlichkeit eine breitere Diskussion stattfinden und schliesslich das Volk in einer eventuellen Abstimmung zur gewählten Lösung Stellung nehmen kann" (142).

141) Seine Leistung erscheint dann - in einer räumlichen Sicht - als etwas von aussen Kommendes.

142) BGE 103 Ia 390; dabei sind immerhin die durch Art. 4 BV (vgl. dazu B. Weber-Dürler, Die Rechtsgleichheit in ihrer Bedeutung für die Rechtsetzung, Bern 1973) und Art. 60 BV (dazu BGE 103 Ia 386f) gesetzten Marken zu beachten.

Sie verzichtet darauf, teilhaberechtlich konzipierte Grundrechte zu mobilisieren, die praktisch unergiebig sind und letztlich eben auch auf jene politischen Garantien angewiesen sind (143).

Immerhin ist zu beachten, dass auch das Bundesgericht sich nicht sämtliche Möglichkeiten einer grundrechtsorientierten Sicht der ganzen Problematik verbaut hat. Es hat ausgeführt, dass bei einem dauernden Ausschluss vom Studium an allen in Frage kommenden Universitäten des Landes "wohl" der Schutzbereich der persönlichen Freiheit tangiert wäre (144). Es hat allerdings die Voraussetzungen, bei deren Vorliegen es bereit wäre, von einer Verletzung der persönlichen Freiheit auszugehen, äusserst restriktiv, ja eigentlich unrealistisch formuliert (dauernder Ausschluss von allen Universitäten) und darüber hinaus nicht einmal angedeutet, was es in einem solchen Fall zu unternehmen gedenkt (145).

Dogmatisch überzeugt die zuletzt erwähnte Argumentation des Bundesgerichts nicht. Auf der Basis der von ihm proklamierten Abwehrrechte stellt sich die Frage einer Verletzung der persönlichen Freiheit auch bei dauerndem Ausschluss von allen Universitäten nicht - auch nicht wenn dem Staat diesbezüglich eine faktische Mo-

143) In letzter Konsequenz kann auch das Bundesverfassungsgericht nur auf die im parlamentarischen System gegebenen politischen Garantien abstellen, denn den legislativen Instanzen wird übertragen, jenen Vorbehalt des Möglichen und Vernünftigen, unter dem die Teilhaberechte stehen und wovon letztlich alles abhängt, zu konkretisieren. An diesem Punkt nähern sich die teilhaberechtliche und die verfahrensmässige Variante einander wieder an.

144) BGE 103 Ia 389; 104 Ia 308; dabei hat es die Fragestellung von A. Grisel, *Liberté personnelle*, 569f aufgegriffen. Vgl. dazu auch J.P. Müller, ZBJV 115 (1979) 124.

145) Vgl. in diesem Zusammenhang auch BGE 100 Ia 194f. Das Gericht hat dort entschieden, allerdings ohne auf die Leistungsproblematik explizit einzugehen, dass eine Behörde, die sich weigert, ein Leumundszeugnis auszustellen nicht gegen die persönliche Freiheit verstösst. Das Gericht hat sich wesentlich aus funktionellrechtlichen Überlegungen gegen eine Ausweitung der persönlichen Freiheit gesträubt.

nopolstellung zukommt (146). Wenn das Bundesgericht hier trotzdem die Möglichkeit einer Grundrechtsverletzung in Betracht zieht, so ist das nur unter der stillschweigend vorausgesetzten Annahme eines Umschlages der negatorischen in eine positive persönliche Freiheit nachvollziehbar. Zu fordern ist dann allerdings, dass das Gericht die Dinge beim Namen nennt.

Originäre Leistungsrechte haben sich im Bereich der Zulassung zu Ausbildungsstätten als nicht realisierbar erwiesen. Immerhin gelang es, in diesem Abschnitt die Probleme darzustellen, die auch weiterhin bei der Untersuchung anderer leistungsfor-dernder Vorstösse im Auge behalten werden müssen.

-
- 146) Auch die in BGE 98 I 414 immerhin angedeutete Möglichkeit, wonach eine Regelung auch daraufhin zu untersuchen sei, ob "sie mittelbar oder faktisch einen Zustand zur Folge hat, der mit der Grundidee der persönlichen Freiheit unvereinbar wäre", führt hier nicht weiter. Vgl. zum von Giacometti herausgearbeiteten Begriff der "mittelbaren Verfassungsverletzung" Gygi, Mittelbare Verfassungsverletzung als Beschwerdegund im staatsrechtlichen Verfahren, in: Der Staat als Aufgabe, Festschrift für M. Imboden, Basel 1972, 159ff. Ausgangspunkt ist dabei der Sachverhalt, dass oft zwischen Verfassung und eigentlichem Rechtsanwendungsakt ein einfaches Gesetz geschaltet ist. Wenn in Verfehlung des Sinnes eines an sich einwandfreien Rechtsatzes Recht angewendet wird, so ist zwar primär das einfache Gesetz verletzt, jedoch erscheint sekundär oder eben mittelbar auch der zugehörige, übergeordnete Rechtsatz tangiert (Gygi, a.a.O., 161). Es stellen sich in diesen Fällen vor allem Probleme im Zusammenhang mit der bundesgerichtlichen Kognition. Aber immer bleibt unterscheidbar, ob es sich um einen klassischen Eingriff in ein Grundrecht, oder um eine - allerdings bei einem negatorischen Verständnis nie zum Problem werdende - Verletzung durch Entzug staatlicher Leistung handelt.

III. Originäre Leistung aus Art. 4 BV

A. Der Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege (1)

Beim Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, dem sogenannten Armenrecht, zeigt sich deutlich, dass das Bundesgericht schon früh (2) bereit war, positiv-subjektive Gehalte von Grundrechten anzuerkennen (3).

1. Inhalt des Anspruches (4)

Der Inhalt dieses unmittelbar aus Art. 4 BV abgeleiteten Anspruches geht im Zivilprozess dahin, die mittellose Partei von der Pflicht zur Sicherstellung oder Hinterlegung der Gerichtskosten und der Parteientschädigung vor Beginn des Prozesses zu befreien (5) und ihr, falls sie dies zur Wahrung ihrer Rechte benötigt, kostenlos einen Rechtsbeistand beizugeben (6).

Der bundesrechtliche Armenrechtsanspruch gibt dem Bedürftigen indessen kein Recht darauf, von den Prozesskosten überhaupt befreit zu werden, sondern bloss darauf, dass der Richter in nicht aussichtslosen Prozessen ohne vorherige Sicherstellung oder Hinterlegung der Kosten tätig wird (7).

-
- 1) Zu den verschiedenen Möglichkeiten der systematischen Einordnung dieses Anspruches siehe die Bemerkung bei § 8 I Anm. 10.
 - 2) Grundlegend BGE 57 I 337ff; bereits in BGE 13, 251 hat aber das Gericht die Gewährung des Armenrechtes nur für "offenbar grundlose Prozesse" ausgeschlossen.
 - 3) Zur Rechtsprechung des BVerfGer finden sich Hinweise bei Podlech, Gleichheitssatz, 208 und Zacher, 365
 - 4) Für eine ins einzelne gehende Darstellung vgl. die teilweise recht alten Monographien von Guggenheim, Die unentgeltliche Verbeiständigung in den kantonalen Zivilprozessordnungen, Zürich 1944; Heuberger, Das Armenrecht der aargauischen Zivilprozessordnung, Bern 1947; Jenny, Die unentgeltliche Rechtspflege im schweizerischen Zivilprozess nach schweizerischem Recht, Zürich 1947; Bossel, Le déni de justice formel dans la jurisprudence du tribunal fédéral, Lausanne, 1951, 79ff; Meyer, Das zivilprozessuale Armenrecht im Kanton Zug, Freiburg 1953. Neuere Darstellungen bei Sigg-Meierhans, Staatsrechtliche Beschwerde und kantonale Zivilprozessordnung, Zürich, 1973, 41ff und Saladin, Fairness, 49ff.
 - 5) BGE 101 Ia 34ff; 99 Ia 439 m.w.H.
 - 6) BGE 104 Ia 74 E 3 b mit einer Uebersicht über die Rechtsprechung. Dabei muss es sich nicht notwendig um einen Anwalt ihrer Wahl handeln.
 - 7) BGE 99 Ia 439 m.w.H.

Kantonale Regelungen gehen allerdings oft weiter und befreien die mittellose Partei auch von der nachträglichen Rückerstattungspflicht (8).

Diese Lösung ist auch überzeugender: Jeder Prozess bringt gewisse Risiken mit sich; der Unbemittelte, der der Gefahr ausgesetzt ist, im Falle des Unterliegens Kosten und Prozessentschädigungen zu erstatten, wird oft zögern, seine Rechte geltend zu machen, auch wenn er von der Verpflichtung zur vorherigen Hinterlegung oder Sicherstellung der Kosten befreit wird (9).

Voraussetzungen für die Erteilung des Armenrechts sind ein nicht aussichtsloser Zivilprozess (10) und die Bedürftigkeit der Partei (11), die auch selbstverschuldet sein darf (12). Das Bundesgericht prüft den Begriff der Armut und die Prozessaussichten frei, die übrigen Voraussetzungen nur unter dem Gesichtspunkt der Willkür (13).

Im Strafprozess hat das Gericht bereits früh festgestellt, dass die Appellation nicht von der vorgängigen Hinterlegung einer Gebühr abhängen dürfe (14), bei dem um nichts weniger wichtigen Anspruch auf Officialverteidigung (15) ist es – mit Berufung auf die Officialmaxime, die zusätzlichen Schutz weniger erforderlich mache (16) – nicht so weit gegangen (17).

Nach neuester Rechtsprechung (18) besteht unmittelbar gestützt auf Art. 4 BV ein Anspruch auf Officialverteidigung,

8) BGE 97 I 630f; allerdings muss der Staat, sofern die Kosten der obsiegenden Partei nicht von der unbemittelten Partei nachträglich erstattet werden, diese selbst zurückerstatten.

9) BGE 97 I 631

10) Zur diesbezüglich erstmalig verwendeten Formel in BGE 85 I 1 Aubert, droit constitutionnel, No. 1818, 655

11) BGE 99 Ia 327

12) BGE 99 Ia 441, bestätigt in 104 Ia 31ff

13) Marti, Staatsrechtliche Beschwerde, 158

14) BGE 13, 255, vgl. auch 62 I 4

15) Dazu vor allem Schubarth, 218ff mit kritischen Anmerkungen zu den kantonalen Regelungen (224ff).

16) BGE 102 Ia 89; zum Anspruch auf Rechtsbeistand in einem von der Officialmaxime beherrschten Zivilprozess hat sich neuerdings BGE 104 Ia 72ff ausführlich geäußert.

17) Kritisch dazu, auch mit Blick auf das staats- und verwaltungsrechtliche Verfahren, Saladin, Fairness, 51

18) BGE 103 Ia 5, 102 Ia 88ff, 102 Ia 26f, 101 Ia 91f

wenn die Ausfällung einer Strafe, deren Dauer die Gewährung des bedingten Strafvollzuges ausschliesst oder wenn die Anordnung einer freiheitsentziehenden Massnahme (Art. 42 StGB) in Aussicht steht. In den übrigen Fällen besteht ein solcher Anspruch nur, wenn zur relativen Schwere des Falles besondere tatsächliche oder rechtliche Schwierigkeiten hinzukommen (19).

Art. 6 Ziff 3 lit c EMRK verleiht einen Anspruch auf Pflichtverteidigung, "wenn dies im Interesse der Rechtspflege erforderlich ist". Die EMRK geht nicht weiter als die Praxis des Bundesgerichtes zu Art. 4 BV (20). Erwähnenswert ist, dass Art. 6 Ziff. 3 lit e EMRK die unentgeltliche Beiziehung eines Dolmetschers verlangt, "wenn der Angeklagte die Verhandlungssprache des Gerichtes nicht versteht oder sich nicht darin ausdrücken kann" (21).

Der armenrechtliche Anspruch aus Art. 4 BV gilt nur subsidiär, wenn das kantonale Recht schweigt oder nicht genügt (22).

2. Begründung des Anspruches durch das Bundesgericht

Betrachtet man den thematisierten Anspruch näher, so fällt auf, dass - in dieser Ausgeprägtheit einmalig - faktische, insbesondere ökonomische Voraussetzungen in den Schutzbereich der verfassungsmässigen Garantie miteinbezogen werden.

Dies ist auch die einzig adäquaten Betrachtungsweise: Soll sichergestellt werden, dass jedermann in den Genuss eines Gerichtsverfahrens in den dafür vorgesehenen Formen kommen soll, so hat eine wirklichkeitsorientierte Sicht (23) bei den Vorbedingungen der

-
- 19) BGE 102 Ia 88 (Leitsätze). Zur Relativierung dieser Grundsätze durch das Bundesgericht und zu Fällen, wo nach diesen Leitsätzen kein Anspruch auf Officialverteidigung besteht, J.P. Müller, ZBJV 114 (1978) 73 f.
 - 20) BGE 103 Ia 5
 - 21) Dazu m.w.H. Haefliger, 85. "Unentgeltlich" wird dabei allerdings so verstanden, dass dem Angeklagten nachträglich die Kosten auferlegt werden können.
 - 22) Aubert, droit constitutionnel No. 1814, 653; BGE 103 Ia 138 E 2a. Für das Verfahren vor Bundesgericht gilt Art. 152 OG.
 - 23) Eine solche Sicht zeigt sich ausgeprägt in BGE 99 Ia 440 E 3.

Rechtsgleichheit (24) anzusetzen und diese in den Garantiegehalt miteinzubeziehen - bei Gefahr der "rechtungleichen Behandlung und Rechtsverweigerung" im Unterlassungsfall (25). Die formale Rechtsgleichheit wird damit um die Chancengleichheit erweitert (26), oder anders ausgedrückt: Die Eigenart des Anspruches auf unentgeltliche Rechtspflege liegt darin, dass die Ungleichheit nicht im Bereich der rechtlich geregelten Mittel liegt. Formal steht jedem das Recht auf den verfassungsmässigen Richter zu, und keinem ist es verwehrt, einen Rechtsbeistand seiner Wahl beizuziehen; tatsächlich kann dieses Recht aber wegen ökonomischer Ungleichheit gefährdet sein. An diesem Punkt setzt die Garantie in egalisierendem Sinne an (27).

Das Bundesgericht ist bis jetzt eine systematische Herleitung und Begründung des Armenrechtsanspruches - wie überhaupt der Prinzipien (28), die es aus Art. 4 BV abgeleitet hat - schuldig geblieben (29). Das Gericht hat allerdings von jeher dem in Art. 4 BV enthaltenen Gleichheitssatz "eine weit über seinen Wortsinn hinausgehende Bedeutung" beigemessen und darin die Grundlage des Rechtsstaates erblickt (30).

Diese Sicht hat es dazu geführt, das Individualrecht eines "jeden Bürgers auf Gewährung des staatlichen Rechtsschutzes für einen von ihm behaupteten privatrechtlichen Anspruch" als im Normprogramm des Gleichheitssatzes enthalten zu betrachten (31). Da-

24) Womit Fragen der Rechtsvertretung und der Kostenregelung gemeint sind.

25) BGE 99 Ia, 330

26) Saladin, Fairness, 83

27) Vgl. auch BVerfGE 10, 264 (270)

28) Vgl. zu ihnen die Uebersicht bei Saladin, Fairness, 43 ff

29) Saladin, a.a.O., 42, 82

30) BGE 94 I 521; bereits in BGE 6, 173 hat es Art. 4 BV "als allgemeines, die gesamte Rechtsordnung beherrschendes Prinzip" aufgefasst und hat sich mit Hinweis auf die Entstehungsgeschichte von einem engen Festhalten am Normtext gelöst.

31) BGE 57 I 333; in BGE 95 I 108 wird als von Art. 4 BV gefordert betrachtet, "dass jeder Bürger seine Rechte stetsfort mit allen von der Rechtsordnung zugelassenen Mitteln wahren könne".

raus hat es mit interessanter Begründung den Armenrechtsanspruch abgeleitet: Das Recht auf freien Zugang zum Richter "ist nicht gewährt, wenn das Tätigwerden des Richters oder doch die Vornahme gewisser prozessualer Handlungen allgemein und schlechthin, auch gegenüber armen und infolgedessen zu den betreffenden Leistungen nicht fähigen Personen, von der vorhergehenden Erlegung der Prozesskosten oder doch der Kosten jener Handlungen, der Vorschussleistung dafür, abhängig gemacht wird. Eine solche Ordnung behandelt die Bürger nur äusserlich, dem Scheine nach gleich: in Wirklichkeit wird dadurch dem Armen der Rechtsschutz auch für die Verfolgung eines begründeten oder zum mindesten nicht aussichtslosen Anspruches versagt, indem die Gewährung an eine Bedingung geknüpft wird, die der Betroffene von vornherein nicht erfüllen kann" (32). Diese Sachlage führt zu einem subjektiven Recht des Bürgers auf unentgeltliche Rechtspflege. Dogmatisch ist bedeutsam, dass damit Chancengleichheit als Teilgehalt der Rechtsgleichheit anerkannt wird. Grundrechtsmethodisch stellt sich die Frage, wie das möglich ist.

Zunächst ist festzuhalten, dass die Deduktionskette des Bundesgerichtes den Rahmen eines sinnvollen Verständnisses des Normtextes von Art. 4 BV nicht sprengt. Die Lehre würdigt die Rechtsprechung zu Art. 4 BV als schöpferisch (33), als nach besonderen heuristischen Leitsätzen verfahrend (34), als "Ausnormierung eines lückenhaft kodifizierten Rechtsstaatsgedankens" (35) und hält das Gericht für befugt, bei Grundrechten von umfassender Tragweite - wie eben beim Gleichheitsgebot - "auch gewisse lückenfüllende Konsequenzen" zu ziehen (36).

32) BGE 57 I 344. Man vergegenwärtige sich die Konsequenzen, wenn an alle klassischen Grundrechte mit dieser, nicht an einer formalen Gleichheit, sondern an der tatsächlichen Ungleichheit der Möglichkeiten orientierten Sicht herangegangen würde!

33) Haller, Verfassungsgerichtsbarkeit, 516

34) Saladin, Grundrechte, 373/4

35) Ders., Fairness, 80

36) Scheuner, Pressefreiheit, 53; Aubert, droit constitutionnel, No. 321

Auch nach der in dieser Arbeit vorgestellten Methode der Normkonkretisierung (37) ist das Ergebnis m.E. nicht unzulässig, sondern stellt die sachgemässe Problemlösung dar. Der in Art. 4 BV enthaltene Rechtsbefehl, das Normprogramm (alle Schweizer sind vor dem Gesetze gleich) ist nur vor dem je relevanten Lebenssachverhalt in seiner sachlichen Eigenart (hier: Zugangssperre der mittellosen Partei zur Rechtsprechung) zu erfassen; wenn deshalb das Bundesgericht das Element der tatsächlichen Ungleichheit aus dem Sachbereich (38) in den Normbereich, mithin zu einem Element "konkreter Normativität" (39) erhebt, so erreicht es damit eine sachgerechte Problemlösung, die auch der Forderung entspricht, wonach die Zugehörigkeit von Sachbereichselementen zum Normbereich einem detaillierten Begründungs- und Darlegungszwang unterliegt (40).

Dass das Bundesgericht im Bereich von Art. 4 BV ein Leistungsrecht anerkennt, mag wesentlich damit zusammenhängen, dass die so zu eliminierende tatsächliche Ungleichheit das zentrale Rechtsstaatsprinzip in seinem Kern getroffen hätte; darüber hinaus spielt sicher mit eine Rolle, dass sich dieses subjektiv-positive Recht problemlos in das Funktionengefüge der Verfassung einbetten lässt. Dem Recht auf unentgeltliche Rechtspflege fehlt nicht - wie einem Individualanspruch auf Kapazitätserweiterung der Hochschulen - die normativ-determinierende Kraft. Das Gericht befindet sich hier auf "vertrautem juristischem Felde" (41) und kann sich bereits an bestehenden, ein gefestigtes Gerechtigkeitsempfinden widerspiegelnden kantonalen oder bundesrechtlichen Regelungen orientieren. Zudem ist ein Eingriff in haushaltpolitische Kompetenzen nicht feststellbar (42) und die Durchsetzbarkeit ausser

37) Vgl. dazu § 3 II Anm. 6 ff und § 4 IV B 3 Anm. 195ff

38) D.h. aus dem zu regelnden Ausschnitt an Wirklichkeit

39) F. Müller, Thesen, 267

40) Diese Begründung findet sich in BGE 57 I 344 und wird vorne bei Anm. 32 zitiert.

41) Zacher, 65

42) Dabei kann sogar davon ausgegangen werden, dass der Richter in "bescheidenem Rahmen" - der hier zweifelsohne gewahrt bleibt - leistungsrechtliche Rückständigkeit von Gesetzen ausgleichen darf. (Vgl. Starck, 84)

Diskussion. All dies erlaubt eine justiziable Ausformung des Armenrechtes und die Anspruchsbejahung unmittelbar gestützt auf die Verfassung (43).

B. Weitere Justizgrundsätze mit positivem Gehalt

Von ähnlicher Struktur sind folgende Ansprüche, auf die immerhin kurz hingewiesen werden soll:

1) Anspruch auf Begründung einer Verfügung

In BGE 98 Ia464f hat das Gericht aus "allgemeinen rechtsstaatlichen Prinzipien und insbesondere dem Grundsatz des rechtlichen Gehörs" einen Anspruch auf Begründung abgeleitet: "Denn ohne die Kenntnis der Tatsachen und Rechtsnormen, welche für die entscheidende Behörde massgeblich waren, kann er (- der Petroffene -) sich oft kein Bild über die Tragweite der Entscheidung machen. Zudem kann er sie nicht sachgemäss anfechten, denn weder er noch die angerufene Rechtsmittelinstanz vermögen sie auf ihre Richtigkeit hin zu überprüfen" (44).

2) Recht auf Akteneinsicht

Als tatsächliche Voraussetzung des rechtlichen Gehörs gewährleistet Art. 4 BV einen Anspruch auf Akteneinsicht, "car on ne peut défendre convenablement ses intérêts si l'on ne sait pas sur quoi l'autorité appelée à prendre une décision va se fonder en fait" (45). Der Anspruch besteht nicht nur für laufende, sondern - sofern der Rechtssuchende ein schutzwürdiges Interesse glaubhaft machen kann - auch für bereits abgeschlossene Verfahren (46). Er gilt

- 43) Tendenziell wird diese Rechtsprechung des Bundesgerichtes mit der Angleichung der alten kantonalen Prozessgesetze an das von Art. 4 BV und Art. 6 EMRK geforderte rechtsstaatliche Level an Bedeutung verlieren. Insoweit ist es richtig, von einer lückenfüllenden Funktion zu sprechen; dies kommt übrigens auch in der Subsidiarität des Anspruches zum Ausdruck.
- 44) Vgl. zu den Differenzierungen a.a.O., 465 und M.T.Hauser, 118ff. Unverständlicherweise hat das Gericht in BGE 98 I b 338ff eine Rechtsmittelbelehrungspflicht, die angesichts der zitierten Erwägung sich geradezu aufdrängen würde, abgelehnt. Demgegenüber normiert Art. 35 VwVG eine Rechtsmittelbelehrungspflicht.
- 45) BGE 100 Ia 102; vgl. auch BGE 100 Ia 8ff, 95 I 106. Zum Kreis der Berechtigten, M.T. Hauser, 104.

indessen nicht schrankenlos, sondern findet seine Grenze an den öffentlichen Interessen des Staates oder berechtigten Geheimhaltungsinteressen privater Dritter (47).

3) Anspruch auf rechtmässige Zusammensetzung der entscheidenden Behörde

Diesen Anspruch leitet das Gericht entweder aus Art. 4 BV (48) oder aber - in Anknüpfung an seine frühere Praxis - aus Art. 58 BV ab (49) und stellt damit den Bezug zum Recht auf den gesetzlichen Richter her.

-
- 46) BGE 95 I 103ff. Ein Akteneinsichtsrecht für bevorstehende Verfahren wird hingegen mehrheitlich abgelehnt, vgl. dazu M.T. Hauser, 105f.
 - 47) BGE 100 Ia 102f mit Beispielen; zum Umfang der Akteneinsicht im Verwaltungsprozess vgl. E.Fischli in: Mélanges H. Zwahlen, Lausanne, 1977, 279ff.
 - 48) Saladin, Fairness, 118
 - 49) BGE 91 I 401ff. Vgl. auch J.P.Müller ZBJV 106 (1970) 258ff.
 - 50) Vgl. dazu vorne § 6 II Anm. 3ff.

IV. Der Anspruch auf Information

Bei der Informationsfreiheit konzentriert sich die Aufmerksamkeit auf die Frage, ob sie auch die an staatliche Organe gerichtete Verpflichtung enthält, die Öffentlichkeit über ihre Tätigkeit zu unterrichten und insoweit dem einzelnen Bürger einen Anspruch auf Information einräumt. Das Bundesgericht hat sich jüngst in einem vielbeachteten Entscheid (1) - der letzte liegt mehr als 2 Jahrzehnte zurück (2) - wieder zur Tragweite dieses Grundrechtes geäußert.

A. Tragweite der Informationsfreiheit in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung: BGE 104 Ia 88

Das Gericht hat, einer einhelligen Lehre (3) folgend, seine Rechtsprechung dahingehend präzisiert, dass die Informationsfreiheit als Bestandteil der Meinungsäusserungs- und Pressefreiheit auch das Recht gewährleistet, Nachrichten und Meinungen ohne Eingriffe der Behörden zu empfangen und sich aus allgemein zugänglichen Quellen zu unterrichten (4).

Tatsächlich gehören Freiheit der Meinungsäusserung und Freiheit des Meinungsempfanges zusammen, weil - so hat H. Ridder formuliert - das "Recht der freien Meinungsäusserung erst mit seiner reziproken Ergänzung durch das Recht des freien individuellen Meinungsempfanges vollständig (ist), ... ein rechtlicher Schutz einer ins Leere geäußerten Meinung (wäre) sinnlos" (5).

Damit sind die negatorischen Gehalte der Informationsfreiheit ans

1) BGE 104 Ia 88ff, Schweiz. Journalisten Union (SJU) gegen Regierung des Kantons Graubünden (= EuGRZ 6 (1979) 3ff)

2) Es handelt sich um den bekannten Entscheid Seelig, BGE 80 II 42. Das Gericht hat sich dort erstmals zur Informationsfreiheit geäußert.

3) Vgl. die Hinweise in BGE 104 Ia 93f

4) BGE 104 Ia 93 E 4 b, 97; bestätigt in BGE 104 Ia 378 (= EuGRZ 6 (1979), 94)

5) Ridder, Meinungsfreiheit, Die Grundrechte, Bd 2, Berlin 1954, 249

Licht gehoben (6). Weitergehenden Wünschen nach Ansprüchen auf Information hat sich das Bundesgericht mit wechselnder Begründung verschlossen (7):

- Es leitete zunächst aus den bereits vorliegenden Revisionsbestrebungen (8) ab, dass das geltende Verfassungsrecht kein Recht auf Information enthalten könne, da sonst -so wohl die Ueberlegung des Gerichtes - eine Revision überflüssig wäre (9). Die Argumentation ist - worauf Barrelet hingewiesen hat (10) - wenig überzeugend: Beide Entwürfe untersagen explizit auch jede Zensur (11); es wäre wohl nicht ganz zutreffend, daraus in Analogie zur Argumentation des Bundesgerichtes zu schliessen, zurzeit seien Zensurmassnahmen von staatlicher Seite eine constitutione ferenda zu bekämpfendes Problem.
- Eine Ableitung positiver Gehalte aus der Meinungsäusserungs- und Pressefreiheit verneinte es dann - ebenfalls nicht überzeugend und mit bedenklicher Kürze und Leichtigkeit - damit, dass "diese Grundrechte die freie vom Staat nicht behinderte Betätigung in den betreffenden Bereichen des Lebens" - nicht aber positive Ansprüche - gewährleisteten (12).

- 6) Mehr als das bis jetzt Genannte wird auch nicht durch Art. 10 Ziff 1 EMRK gewährleistet, insbesondere enthält die Konvention kein Recht auf Information, vgl. dazu BGE 104 Ia 91ff und Pahr, Informationsfreiheit und Demokratie, EuGRZ 6 (1979), 110ff
- 7) Im Ergebnis bestätigt in BGE 104 Ia 378 (= EuGRZ 6 (1979) 94)
- 8) Sowohl die Expertenkommission für die Revision von Art. 55 BV in einem Art. 55 Abs. 2 (Vgl. den Bericht Presserecht, Presseförderung vom 1.5.1975, im folgenden zit: Presseförderung), wie auch Art. 7 VE sehen eine Informationspflicht vor, sofern nicht überwiegende öffentliche oder private Interessen entgegenstehen.
- 9) BGE 104 Ia 95
- 10) Barrelet, droit à l'information, 71
- 11) Vgl. den von der Expertenkommission vorgeschlagenen neuen Abs. 4 von Art. 55 BV und Art. 12 Abs. 3 VE
- 12) BGE 104 Ia 95; die Berufung auf diese stereotyp wiederkehrende - und bereits aus grundsätzlichen Ueberlegungen nicht haltbare - Formel erstaunt im Bereich der Meinungsäusserungsfreiheit besonders. Das Gericht desavouiert damit seine eigene konstitutive Deutung dieses Grundrechtes (vgl. etwa BGE 96 I 586ff und 100 Ia392ff). Bezeichnenderweise werden diese beiden Entscheide bei den Verweisen, die die nur negatorische Deutung der Mei-

- Schliesslich prüfte das Gericht, ob ein Recht auf Information als ungeschriebenes Grundrecht anzuerkennen sei. Auch dies lehnten die Richter ab. Sie anerkannten zwar in dürren Worten, dass die Ausübung der Volksrechte im demokratischen Staat eine gut informierte Oeffentlichkeit voraussetzt und sahen durchaus, dass der Rechtsstaat auf die Legitimation angewiesen ist, die sich aus der stetig notwendigen Rechtfertigung der Tätigkeit zur Information verpflichteten Behörden ergibt (13). Da jedoch ein Recht auf Information in den meisten Kantonsverfassungen fehlt, mithin eine entsprechende Verfassungswirklichkeit fehlt, und nach Ansicht des Bundesgerichtes von Allgemeinem Konsens nicht gesprochen werden kann (14), verwies es für

-
- 12) Fortsetzung: nungsausserungsfreiheit stützen sollen, nicht erwähnt. Angesichts dieser Rechtsprechung sind auch die von H. Huber in SJZ 69 (1973) 116 vorgetragenen Befürchtungen, wonach die neue bundesgerichtliche Rechtsprechung zur persönlichen Freiheit Fragen des Gehaltes der Informationsfreiheit präjudizieren könnte, gegenstandslos geworden.
- 13) Damit wäre die eine Voraussetzung zur Anerkennung als ungeschriebenes Grundrecht an sich erfüllt. Denn damit handelt es sich beim Recht auf Information um eine Befugnis, welche die Voraussetzung für die Ausübung anderer (in der Verfassung genannter) Freiheitsrechte bildet oder sonst als unentbehrlicher Bestandteil der demokratischen und rechtsstaatlichen Ordnung des Bundes erscheint (so BGE 104 Ia 96, vgl. zur Anerkennungspraxis auch Haller, Lehrfreiheit, 119).
- 14) Dieses Erfordernis wird erstmals in BGE 100 Ia 400f ausführlich diskutiert, sein Fehlen führte zur Ablehnung eines ungeschriebenen Demonstrationsrechtes (vgl. die Ausführungen von A. Grisel, *liberté personnelle*, 566). Das Kriterium der verbreiteten Verfassungswirklichkeit hat, wie das Beispiel der Sprachenfreiheit zeigt (vgl. die einschlägige Begründung in BGE 91 I 485f), in der Anerkennungspraxis des Bundesgerichtes nicht immer diese Rolle gespielt; es ist indessen angesichts der jüngsten Urteile als zusätzliches Erfordernis zu betrachten. Im vorliegenden Fall knüpft das Gericht an die fehlende Anerkennung und Regelung in kantonalen Verfassungen an. Immerhin hätte berücksichtigt werden können, dass "durch die seit einigen Jahren praktizierte Informationspolitik, die in verschiedenen Verwaltungsanweisungen sowohl auf Bundes- wie auch auf kantonaler Ebene ihren Niederschlag gefunden hat, de facto eben das Prinzip der Informationspflicht Geltung erlangt (hat)". So Rehinder, *Presserecht*, 19f m.w.H. - von einem konsenslosen Zustand kann angesichts dieses Sachverhaltes wohl kaum mehr die Rede sein.

die Einführung eines solchen Anspruches auf das für Verfassungsänderungen vorgesehene Verfahren (15).

Nachzutragen bleibt, dass das Urteil dogmatisch nicht überall überzeugt. Das Gericht hatte u.a. einen Art. 12 der bündnerischen Richtlinien für die Information der Öffentlichkeit durch Regierung und Verwaltung zu beurteilen, der den Informationsempfänger der Informationen erschleicht oder erhaltene missbräuchlich verwendet oder die Wahrheits- oder Berichtigungspflicht verletzt; mit dem Informationsentzug bedroht.

Das Bundesgericht erblickte darin einen möglichen Eingriff, weil "von den Informationsempfängern ein Verhalten gefordert (wird), das sie in ihrer Meinungsäusserungs- bzw. Pressefreiheit beschränkt" (16).

Nun liegt aber nicht darin der Eingriff: Jeder Informationsempfänger kann theoretisch freiwillig auf die staatliche Information verzichten und entgeht damit den an ihn gestellten Verhaltensanforderungen. Damit fehlt aber das typische, den Eingriffstatbestand charakterisierende Moment des Zwangshaften.

Die bundesgerichtliche Konstruktion verbirgt nur schlecht, um was es wirklich geht: Dass nämlich der Informationsentzug die eigentliche Sanktion, der wirkliche Eingriff ist (17). Nur - und hier ist grundsätzlich dasselbe anzumerken wie vorne bei der persönlichen Freiheit im Zusammenhang mit dem nc - dürften sich für das Gericht diesbezüglich gar keine Probleme stellen: Wer feststellt, dass die Informationsfreiheit rein negatorisch nur das Recht enthält, sich ohne Eingriffe der Behörden aus allgemein zugänglichen Quellen zu unterrichten (18) und zugleich davon ausgeht, dass die Verwaltung nicht zu den allgemein zugänglichen Quellen gehört (19), für den können sich - wenn er den dogmatischen Ansatz durchhalten will - sub specie Informationsfreiheit auch bei einem totalen Informationsstop seitens der Verwaltung gar nie grundrechtsrelevante Fragen stellen.

Wird - wie beim Bundesgericht - ein Informationsentzug gleichwohl zum Grundrechtsproblem, so kann das nur bedeuten, dass die negatorische Konzeption nicht durchgehalten wird. Zu fordern ist dann allerdings, dass das Gericht dies auch bei den allgemeinen Erörterungen über Gehalt und Tragweite der Informationsfreiheit deutlich zum Ausdruck bringt!

15) BGE 104 Ia 96f

16) BGE 104 Ia 103

17) A.a.O. ist denn auch von der "Sanktion des Informationsentzuges" die Rede, und das Gericht nennt in allgemeiner Weise Grenzen eines solchen Entzuges.

18) A.a.O., 94

19) A.a.O., 102

B. Der Anspruch auf Information: Bedeutung und Probleme

Zu einem justiziablen Anspruch auf Information kann erst dann Stellung genommen werden, wenn über Gründe, Zwecke, Objekt und Adressat staatlicher Publizität einigermaßen Klarheit besteht. Zunächst ist deshalb auf den Stellenwert von Information durch staatliche Organe im demokratisch-rechtstaatlich strukturierten Gemeinwesen, dann aber auch auf die mannigfaltigen Konkretisierungsprobleme einzugehen.

1. Bedeutung der Information (20)

Information über staatliche Tätigkeit ist im demokratisch-rechtstaatlichen Gemeinwesen aus mehreren Gründen unverzichtbar:

- Zunächst ist der Bürger in seiner Eigenschaft als Adressat staatlicher Entscheidungen, die mit dem Anspruch auf Beachtung und Befolgung durch eine Vielzahl von Personen ergehen, darauf angewiesen, unterrichtet zu werden (21).

Die Verpflichtung zur Information findet diesbezüglich ihre verfassungsrechtliche Grundlage in den rechtstaatlichen Prinzipien der Messbarkeit und Berechenbarkeit staatlichen Handelns (22).

20) Unser Interesse wird sich vor allem auf die demokratisch-rechtstaatliche Komponente der Information richten. Die individualrechtliche Bedeutung von Information bringt paradigmatisch das Bundesverfassungsgericht zum Ausdruck: "Es gehört zu den elementaren Bedürfnissen des Menschen, sich aus möglichst vielen Quellen zu unterrichten, das eigene Wissen zu erweitern und sich so als Persönlichkeit zu entfalten. Zudem ist in der modernen Industriegesellschaft der Besitz von Informationen von wesentlicher Bedeutung für die soziale Stellung des Einzelnen" (BVerfGE 27, 81). Zur Frage, inwieweit gestützt auf solche Ueberlegungen ein Anspruch auf Information abgeleitet werden kann, äussert sich M.T. Hauser, 66 und 89ff. Hier ist auch der immer wichtiger werdende Fall des Anspruches auf Information über die Speicherung personenbezogener Daten in staatlichen Datenbanken einzuordnen.

21) Martens, Öffentlich als Rechtsbegriff, 67

22) Martens, a.a.O.; M.T. Hauser, 81; Egloff, 172. Diese Verpflichtung ist zumeist bereits gesetzlich normiert, vgl. etwa das BG über den Geschäftsverkehr der Bundesversammlung sowie über die Form, Bekanntmachung und das Inkrafttreten ihrer Erlasse vom 23. März 1962 (SR 171.11), Art. 66ff; die VO betreffend die Herausgabe eines Bundesblattes vom 5. März 1849 (SR 170.512) insbes. §§ 2 u. 3; das BG über die Rechtskraft der bereinigten Sammlung der Bundesgesetze und Verordnungen für die Jahre 1848-1947 und über die neue Reihe der Sammlung vom 12. März 1948 (SR 170.513.1) insbes. Art. 4)

- Die Notwendigkeit der Kritik und Kontrolle staatlicher Organe ist unbestritten (23). Sie setzt vernünftigerweise einen angemessenen Informationsstand der Bürger voraus.
- Eine rechtzeitige Information vermag den Rechtsschutz des einzelnen Bürgers in erheblichem Umfange zu vergrössern (24). Dies zeigt sich insbesondere bei Planungsprojekten: Korrespondierendes Element des bereits andernorts geforderten möglichst frühzeitigen Einbezuges der von der Planung Betroffenen (25) ist eine breite Information bereits in den ersten Stadien des Verfahrens (26).
- Von zentraler Bedeutung ist die Ueberlegung, dass einzig der gut informierte Bürger in der Lage ist, die ihm in der Verfassung garantierten demokratischen Rechte auszuüben (27). Ohne Oeffentlichkeit staatlicher Tätigkeit fehlt den am demokratischen Willensbildungsprozess Teilnehmenden die zu einer rationalen Stellungnahme notwendige Entscheidungsgrundlage (28).

H. W. Kopp hat zutreffend festgestellt: "Die Durchsichtigkeit (Transparenz) der Demokratie als Grundlage und Gegenstück der in der Verfassung vorgegebenen Eingriffsmöglichkeiten der Aktivbürgerschaft - bezogen entweder auf Personen (Wahlen) oder direkt

-
- 23) Kopp, 192; vgl. spez. für den Bereich der Justiz, Barrelet, *liberté d'information*, 115
 - 24) Fleiner, Informationsfreiheit, 392
 - 25) Vgl. vorne § 1 C, insbes. Anm. 26
 - 26) Vgl. spez. für die Raumplanung Fleiner, a.a.O.; wobei es natürlich in Ausnahmefällen beachtenswerte Gründe dafür geben kann, im Interesse der Planung selbst, die Information möglichst lange zurückzuhalten (Hauser, 40f).
 - 27) BGE 104 Ia 21; Barrelet, *droit à l'information*, 72, insbes. Anm. 15; Kopp, 193; Fleiner, a.a.O., 384; Martens, Oeffentlich als Rechtsbegriff, 64. Zur Informationspflicht der Behörden bei Wahlen und Abstimmungen vgl. BGE 102 Ia 268; 98 Ia 610f und die neuerdings geltende, allerdings nicht in allen Punkten befriedigende Regelung, wonach bei eidgenössischen Abstimmungen von den exekutiven Bundesorganen eine Erläuterung zuhanden des Stimmbürgers abgegeben wird. Zu fordern ist hier, dass bei Initiativen und Referenden den Initianten die Möglichkeit gegeben wird, ihren Standpunkt selbst zu vertreten.
 - 28) Das gilt insbesondere in den Fällen, wo die Alternative zur "staatlichen Information" nicht private, sondern keine Information ist. Vgl. Egloff, 174

auf die Sache (Abstimmungen) - ist (...) weitgehend dadurch bedingt, dass aus dem Aufbau und den Absichten der Staatsorgane sowie den handgreiflichen Interessen, mit denen der Behördenapparat befasst ist, in möglichst geringem Umfang eine Geheimwissenschaft gemacht wird" (29).

Betrachtet man die Gründe, die die Notwendigkeit staatlicher Information deutlich sichtbar machen, näher, so fällt auf, dass sie letztlich alle Emanationen des Demokratie- und/oder des Rechtsstaatsprinzips sind.

Diese beiden Prinzipien sind es denn auch, die die normative Grundlage des staatsrechtlichen Prinzips der Öffentlichkeit, des Publizitätsgebotes bilden (30).

Das Prinzip grösstmöglicher Publizität staatlichen Handelns kann auf eine lange Geschichte zurückblicken. Es war eine der Kardinalforderungen des aufstrebenden Bürgertums und gegen die Arkanpraxis der absoluten Monarchie gerichtet (31). Mit ihm verband sich die Vorstellung, die Anwendung des Prinzips der Öffentlichkeit auf die Staatstätigkeit führe zu sachlich richtigen und gerechten Ergebnissen (32).

Das Publizitätsgebot ist ein allgemeiner und fundamentaler Grundsatz der demokratischen Staatslehre, der für jeden demokratisch verfassten Staat "durchgehende Geltung" beansprucht (33). Es besagt im wesentlichen, dass "in der Demokratie durch die Staatsorgane selbst bzw. unter ihrem Schutz und soweit nötig mit ihrer aktiven Unterstützung gegenüber jedermann über jedermann und alles berichtet werden darf und soll, soweit nicht überwiegende öffentliche oder private Interessen gegen die Berichterstattung sprechen" (34); es enthält die an die staatlichen Organe gerichtete Verpflichtung grundsätzlicher Offenlegung ihres Tuns.

29) Kopp, 193

30) Auf dieses staatsrechtliche Prinzip soll hier nur insoweit eingegangen werden, als es weiterführende Gesichtspunkte für den Anspruch auf Information liefert. Vgl. für eine ausführliche Darstellung etwa Martens, Öffentlich als Rechtsbegriff, Bad Homburg, 1969 und H.W. Kopp, Information in der Demokratie, Zürich, 1976, 167ff

31) Martens, a.a.O., 51; Kopp, 190

32) Martens, a.a.O. mit interessanten historischen Belegen

33) Kopp, 199; Formen, Inhalt und Grenzen demokratischer Öffentlichkeit sind indessen - so Martens, a.a.O. 60f - nicht allgemein, sondern nur vor dem normativen Hintergrund einer je spezifischen Verfassung zu bestimmen.

34) Kopp, 199

In der Schweiz werden die Arbeit der Parlamente, der Gerichte, vereinzelt auch die Regierungssitzungen (35) grundsätzlich als öffentlich betrachtet (36), demgegenüber sollen Tätigkeit und Verhandlungen der Verwaltung im allgemeinen nicht öffentlich sein (37).

Das kann schwerlich richtig sein. Für eine solche qualitativ unterschiedliche Behandlung der Gewalten fehlen vernünftige Gründe. Zutreffen - so zu Recht Kopp (38) - dürfte vielmehr, dass alle 3 Gewalten dem gleichen Oeffentlichkeitsprinzip unterstellt sind, dass aber die Abwägung von öffentlichen und privaten Interessen in Bezug auf die Parlamente und Judikative häufiger zu einer vorbehaltlosen Anwendung des Prinzipes der Oeffentlichkeit führt als bei der Tätigkeit von Regierung und Verwaltung, wo dieselbe Interessenabwägung oft zu einem gegenteiligen Resultat führt (39).

In sehr weit gehendem Ausmass ist das Prinzip der Oeffentlichkeit aller drei Gewalten in Schweden und auch in Finnland ausgestaltet (40). In der schwedischen Verfassung hat allein die Pressefreiheit einen positivrechtlichen Niederschlag gefunden (Art. 86 der Regierungsform vom 6. Juni 1809), darin ist auch der Grundsatz der allgemeinen Aktenöffentlichkeit - in der Form eines Grundrechtes - enthalten. Der Grundsatz wird in der Pressefreiheitsverordnung vom 5. April 1949 sowie im Gesetz über die Einschränkung der Herausgabe öffentlicher Urkunden in sehr grosszügiger Weise konkretisiert (41).

35) Vgl. etwa Art. 39 Abs. 2 der solothurnischen KV; eine Uebersicht über entsprechende einfachgesetzliche Regelungen findet sich bei Kopp, 202f

36) Kopp, 173; Egloff, 172; Barrelet, *liberté d'information*, 113

37) BGE 104 Ia 102 m.w.H.; 104 Ia 378

38) Kopp, 201

39) Barrelet ist der Ansicht, letztlich komme es auf das gleiche hinaus, ob grundsätzlich von einem Prinzip der Oeffentlichkeit oder Nichtöffentlichkeit ausgegangen werde, da beide - letztlich den Unterschied nivellierenden - Einschränkungen unterworfen seien (*liberté d'information*, 133). Demgegenüber scheint mir die Ansicht Kopps realistischer, wonach das Agieren der Exekutive aus einer "Bastion der Nichtöffentlichkeit" zwar oft nur einen psychologischen Vorteil bedeutet: "Er kann aber entscheidend sein" (Kopp, 201).

40) Vgl. dazu - mit weiteren Hinweisen - Isabell Mahrer, Die Oeffentlichkeit amtlicher Akten in Schweden, ZSR 88 I (1969) 315ff

41) Vgl. zu der Regelung im einzelnen Mahrer, a.a.O., 322ff

Vergegenwärtigen wir uns kurz unseren dogmatischen Standort: Die grundsätzliche Verpflichtung staatlicher Organe, bezüglich ihrer Tätigkeit Öffentlichkeit herzustellen, was praktisch vor allem bedeutet, zu informieren, hat sich aus den in der Verfassung positivierten Staatsformbestimmungen ergeben. Sie ist bis jetzt nicht als grundrechtsrelevante Frage, schon gar nicht als eine solche grundrechtlicher Leistungsgewähr erschienen. Hier bestätigt sich bereits vorne Festgestelltes (42): Wird von der Dichotomie Staat - Gesellschaft abgegangen und anerkannt, dass der demokratische Staat "kein unverfasstes Reservat öffentlicher Gewalt, kein Obrigkeitsstaat mit originärer Exekutive" ist (43), sondern eben durch diese hier geltende Verfassung rechtlich begründet ist und daher seine Tätigkeit auf die letztlich konstituierenden Verfassungsgrundsätze (hier die Staatsformbestimmungen mit den daraus fliessenden Erfordernissen an staatlicher Publizität) ausrichten muss - weil er nur so sein Handeln überhaupt legitimieren kann - so folgt daraus, dass eine staatliche Informationstätigkeit nicht etwas 'von aussen' zu Er kämpfendes ist, sondern den Staatsorganen grundsätzlich als originäre verfassungsrechtliche Verpflichtung auferlegt ist. Von diesem Ansatz her stellt sich die Frage, ob es sich vorliegendenfalls überhaupt um ein grundrechtsrelevantes Leistungsproblem handelt (44), oder ob es nicht vielmehr um eine Aktualisierung des Gehaltes von Staatsformbestimmungen geht. Die Frage wäre zu verneinen, wenn das staatsrechtliche Prinzip der Öffentlichkeit dem Bürger unmittelbar subjektiv-öffentliche Ansprüche auf staatliche Information einräumen würde. Dem ist aber - und insoweit scheint Einigkeit zu bestehen - nicht so. Das Publizitätsgebot enthält die Verpflichtung zur Informa-

42) Vorne § 2 II A 1b bb Anm. 102ff

43) F. Müller, Zugang zu öffentlichen Aemtern, 107

44) Diese Frage stellen und verneinen Kratzmann, 24 Anm. 63; Fischer, 84. Als grundrechtliches Leistungsproblem betrachten den Anspruch auf Information: Barrelet, liberté d'information, 108ff, 112ff; ders., droit à l'information, 72; Rehinder, Presserecht, 19; Aubert, liberté d'opinion, 440; Saladin, Grundrechte, 83; Fleiner, Informationsfreiheit, 388; Ludwig, Schweizerisches Presserecht, Basel, 1964, 113

tion - als nicht zulässig wird deshalb etwa die grundsätzliche Weigerung einer Behörde, über ihre Tätigkeit zu informieren, betrachtet (45) - subjektiv-öffentliche Rechte soll das Prinzip, da dem objektiven Recht zugehörend, indessen nicht verleihen (46).

Bevor wir uns der Frage nach einer subjektiven Berechtigung zuwenden, ist festzuhalten, dass die Verpflichtung zur Information praktisch oft wichtiger ist als ein allfälliger Anspruch auf Information: Die Inanspruchnahme des Rechtes auf Information setzt Aufnahmebereitschaft voraus. "Wer aber alles zu wissen glaubt, wird nichts Neues erfahren wollen" (47). Informationen beansprucht also nur der, der sein Nichtwissen realisiert, wozu ein Anstoss von aussen notwendig ist. Die vom Publizitätsgebot positiviert Pflicht zur selbständigen Informationstätigkeit ist geeignet, hier die nötigen Anstösse zu vermitteln.

Das ändert indessen nichts an der Wünschbarkeit subjektiver Berechtigung im Bereich staatlicher Informationstätigkeit (48).

Hier nun kann sich folgende grundrechtsrelevante Fragestellung ergeben: Wenn auch davon auszugehen ist, dass das Oeffentlichkeitsgebot von zu geringer normativer Dichte ist, um Grundlage subjektiver Ansprüche zu sein, so kann es sich doch fragen, ob nicht die Informationsfreiheit, zusammen mit anderen verfassungsrechtlichen Grundsätzen, bei konkreten Forderungen Umfang, Mittel und Formen staatlicher Publizität bezeichnen, m.a.W., das Publizitätsgebot insoweit konkretisieren und damit einen justiziablen Anspruch auf Information ermöglichen könnte. Dieser Versuch unterscheidet sich insoweit grundlegend von den vorher diskutierten originären Leistungsrechten, als nicht die Informationsfreiheit Grundlage des positiven Anspruches ist - objektivrechtliche Vor-

45) Fleiner, Informationsfreiheit, 387; Saladin, Grundrechte, 304; das entspricht auch dem von Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG Geforderten (Vgl. Martens, Oeffentlich als Rechtsbegriff, 64).

46) M.T.Hauser, 81, der den Grundsatz ausschliesslich dem objektiven Recht zurechnet; Saladin, a.a.O., 304; Martens, a.a.O. 65

47) Egloff, 173

48) Das zeigt mit aller Deutlichkeit die Dürftigkeit der bundesgerichtlichen Argumentation angesichts eines Art. 12 der bündnerischen Richtlinien für die Information der Oeffentlichkeit durch Regierung und Verwaltung (vgl. dazu vorne bei Anm. 15ff).

aussetzung des subjektiv-positiven Rechtes ist das Publizitätsgebot (49) - sondern als Grundrecht mit seinem spezifischen normativen Gehalt nur die bereits positivierte Verpflichtung des Staates konkretisieren soll (50).

Bevor diese Frage beantwortet werden kann, muss zumindest in Umrissen über die zu leistende Konkretisierungsaufgabe Klarheit bestehen.

2. Konkretisierungsprobleme

Auch wenn zunächst mit Kopp gefordert wird: "Für den Adressatenkreis (das Publikum) muss wahrnehmbar und zugänglich (publik) sein, was ihn (bzw. es) angeht" (51), so besteht doch Einigkeit, dass der Staat nicht verpflichtet ist, über alles und jedes ausnahmslos zu orientieren (52). Ein unbeschränkter Anspruch ist nicht realisierbar. Differenzierungen und Einschränkungen sind nach verschiedenen Richtungen hin notwendig.

a) Grenzen des Anspruches

Die grössten Schwierigkeiten bietet die Bestimmung des Umfanges eines allfälligen Anspruches auf Information (52).

Einschränkungen ergeben sich beim Vorliegen entgegenstehender überwiegender öffentlicher oder privater Interessen. Das Wort überwiegend macht deutlich, dass letztlich das Mass an Öffentlichkeit vom Ergebnis der Interessenabwägung abhängt, die im konkreten Fall anzustellen ist (54).

49) So auch M.T. Hauser, 84

50) Von dieser Warte aus wird der Standpunkt der herrschenden Lehre, die untersucht, ob die Informationsfreiheit positive Ansprüche einräumt (so Barrelet, *liberté d'information*, 108ff, 112ff; ders. *droit à l'information*, 72; Rehbinden, *Presserecht*, 19; Aubert, *liberté d'opinion*, 440; Saladin, *Grundrechte*, 83; Fleiner, *Informationsfreiheit*, 388; Ludwig, *Schweiz. Presserecht*, 1964, 113), abgelehnt. Darum geht es gar nicht. Wesentlich ist die bereits im Publizitätsgebot normierte Verpflichtung des Staates zur Information.

51) Kopp, 204

52) Fleiner, a.a.O., 387; Barrelet, *liberté d'information*, 120; Fischer, 84

53) Vgl. allgemein zum Problem die anschauliche Darstellung bei Fleiner, a.a.O., 387 und Barrelet, a.a.O., 120ff

54) Kopp, 206; M.T. Hauser, 34f

aa) Ueberwiegende öffentliche Interessen

Hier muss es sich um berechnigte Geheimhaltungsinteressen handeln. Zu nennen ist zunächst die Informationsverweigerungspflicht bei Staatsgeheimnissen (55), dann aber vor allem das Amtsgeheimnis.

Das Amtsgeheimnis schützt nicht wie das Staatsgeheimnis den Bestand und die Existenz des Staates, "sondern die Tätigkeit eines Amtes oder einer Behörde im Interesse Dritter (z.B. bei Personalfragen) oder im Interesse der Funktionsfähigkeit der betreffenden Behörde" (56). Information kann hier verweigert werden, soweit Massnahmen, die im öffentlichen Interesse liegen, durch eine vorzeitige öffentliche Diskussion vereitelt, erschwert, verzögert oder gefährdet werden (57).

bb) Ueberwiegende private Interessen

Private, die in Beziehung zum Staat treten, haben Anspruch auf Respektierung der durch die persönliche Freiheit gewährleisteten Privatsphäre. Soweit sie im Zusammenhang mit Verfahren (beispiw. Scheidung, Strafverfahren) oder anderer staatlicher Tätigkeit (58) persönlichkeitsrelevante Daten liefern müssen, haben sie ein schützenswertes Interesse, dass der Einbruch in ihre Privatsphäre nicht durch eine staatliche Weitergabe der Daten vergrößert wird (59).

Immerhin wird zu berücksichtigen sein, dass die Privatsphäre

-
- 55) Zum Begriff Fleiner, a.a.O., 395; M.T. Hauser, 38f. Gründe der Staatssicherheit, aussenpolitische oder wirtschaftlich motivierte Ueberlegungen vermögen eine Informationsverweigerungspflicht zu rechtfertigen.
 - 56) Fleiner, a.a.O.; partikuläre Interessen einzelner Behörden, die an einem möglichst ungestörten Funktionieren des Apparates interessiert sind, gehören selbstredend nicht dazu.
 - 57) Hier könnte als Beispiel die Auf- oder Abwertung der Währung genannt werden. Eine vorzeitige Bekanntgabe kann den Erfolg der Massnahme gefährdende Spekulationen auslösen. Ins einzelne gehende Darstellungen bei Barrelet, *liberté d'information*, 125ff und M.T. Hauser, 39ff
 - 58) Vgl. zur Kasuistik Barrelet, a.a.O., 124
 - 59) Der Schutz privater Interessen wird v.a. immer wichtiger in dem Fall, wo der Staat zu Amtszwecken erhobene Daten über Bürger an Dritte weitergibt.

sog. Personen der Zeitgeschichte (60) nicht identisch ist mit derjenigen übriger Personen; die Interessenabwägung kann hier im Einzelfall zu unterschiedlichen Ergebnissen führen.

b) Berechtigte

Was die Empfänger der Information betrifft, so kann es sich fragen, ob sich eine unterschiedliche Behandlung von Bürger und Presse rechtfertigt. Dies wird vor allem von einem institutionellen Ansatz her bejaht (61), der - ausgehend von einer öffentlichen Aufgabe der Presse (62) - im Zusammenhang mit dem Informationsanspruch zum Ergebnis kommt: "la prestation positive que l'Etat est engagé à fournir ne sert pas à appuyer une liberté individuelle, mais à permettre le contrôle d'une institution" (63).

Nun erheben sich gegen ständische Vorrechte von Journalisten zunächst insoweit Bedenken, als für eine öffentliche Aufgabe der erwähnten Art - die Voraussetzung einer Privilegierung ist - in der Verfassung selbst jegliche Anhaltspunkte fehlen (64).

In der Sache selbst, d.h. vom Bedürfnis nach Information her gesehen, lassen sich keine vernünftigen Gründe nennen, die eine unterschiedliche Behandlung zu rechtfertigen vermöchten: Wenn anerkannt ist, dass der Presse keine weitergehenden Rechte als jedem einzelnen Bürger zustehen, öffentlich zu Angelegenheiten von allgemeinem Interesse Stellung zu nehmen (65), dann ist nicht ersichtlich, warum ihr ein Informationsvorsprung eingeräumt werden

60) Vgl. dazu Rehbindner, Presserecht, 84

61) Beispiw. von Barrelet, liberté d'information, 112 und Saladin Grundrechte, 364. Ansatzpunkte finden sich auch im Telefonziitigsentscheid des BGR (EuGRZ, 6 (1979) 94).

62) Die öffentliche Aufgabe wird darin gesehen, dass die Presse vor allem zur gründlichen Unterrichtung des Staatsbürgers verpflichtet sei.

63) Barrelet, a.a.O., 116; diese Sicht gibt sich denn auch schnell mit der nur mittelbaren Öffentlichkeit (Informationen gelangen der Öffentlichkeit nur vermittelt der Presse zur Kenntnis) zufrieden, vgl. Barrelet, a.a.O., 114f

64) So auch Martens, Öffentlichkeit als Rechtsbegriff, 67; Fischer, 86 m.w.H.

65) Vgl. D. Czajka, Pressefreiheit und öffentliche Aufgabe der Presse, Stuttgart 1968, 148

soll (66).

Der Bürger als Adressat staatlicher Entscheidungen, als Planungs-
betroffener, vor allem auch als am demokratischen Willensbil-
dungsprozess Teilnehmender hat das gleiche Interesse an Informa-
tion wie die Presse, es ist durchaus vorstellbar, sogar wün-
schbar, dass er sich direkt an staatliche Organe wendet, um
sein Informationsbedürfnis zu stillen; ihn dann schlechter zu
stellen, dafür fehlen die Gründe (67).

Eine unterschiedliche Behandlung ist deshalb abzulehnen (68).
Entscheidend für das Mass an Oeffentlichkeit ist immer das Er-
gebnis der Abwägung zwischen öffentlichen und privaten Interes-
sen. Das Ergebnis kann nicht davon abhängen, ob ein Journalist
oder ein beliebiger Bürger die Information verlangt (69).

Hingegen können sich - nach abgeschlossener Interessenabwägung
(!) - bezüglich der Zumutbarkeit staatlichen Handelns Unter-
schiede ergeben, etwa in dem Sinne, dass eine Privatperson es
sich gefallen lassen muss, auf eine Information länger zu war-
ten als der Medienschaffende, der darauf angewiesen ist, dass
ihm die benötigten Informationen kurzfristig erteilt werden
(70).

c) Verpflichtete

Auf der Seite der durch den Anspruch Verpflichteten können sich
schwierige Abgrenzungsprobleme ergeben.

Verpflichtet sind - natürlich immer nur in dem unter lit. a

- 66) Wenn Barrelet feststellt: "le journaliste ne peut se conten-
ter des informations accessibles à tous" (a.a.O., 115), so
gibt das keinen Anlass, ihm Privilegien einzuräumen, sondern
führt zur Forderung nach mehr Publizität gegenüber allen,
die - auch wenn sie nicht Journalisten sind - an vermehrter In-
formation interessiert sind.

Vor allem ist mit Fleiner, a.a.O., 388, zu befürchten, dass
die institutionelle Privilegierung der Presse zu gefährlichen
Konsequenzen führen kann: "Dadurch (könnte) der individual-
rechtliche Anspruch auf Informationsfreiheit verloren gehen,
indem nuremehr das Insitut der Presse als Trägerin der Infor-
mationsfreiheit anerkannt wird".

- 67) Eine Benachteiligung wäre auch logisch schwer zu begründen:
Wenn die Medien dem Informationsanspruch des Bürgers zu die-
nen haben, so ist nicht einsehbar, warum der sekundäre An-
spruch der Medien dem primären des durch die Medien zu infor-
mierenden Bürgers vorgehen soll (Kopp, 141).
- 68) So auch Fischer, 85; Martens, Oeffentlich als Rechtsbegriff, 66;
M.T. Hauser, 72, 100; Kopp, 141
- 69) Kopp, 206
- 70) Kopp, 206; vgl. auch M.T. Hauser, 101

abgesteckten Rahmen - alle zuständigen Behörden der drei Gewalten in Bund, Kantonen und Gemeinden (71), soweit Informationen in Frage stehen, über die der Staat im Rahmen seiner hoheitlichen Tätigkeit verfügt (72).

Verpflichtet sind nicht nur die unmittelbare Departementalverwaltung, sondern auch die sogenannten ausgegliederten und dezentralisierten Verwaltungsbetriebe (73). Hier sind zunächst die Öffentlich-rechtlichen Betriebe (Körperschaften, Anstalten und Stiftungen), dann aber auch die in privatrechtlichen Gesellschaftsformen errichteten öffentlichen Unternehmen zu nennen (74).

In letzterem Fall können sich Schwierigkeiten ergeben, wenn der Staat - häufig in Form einer AG - zusammen mit Privaten als Gesellschafter auftritt (75). Wie weit soll hier die Publizität gehen? Für Publizität spricht die Tatsache, dass der Staat mit öffentlichen Geldern operiert, insoweit besteht ein legitimes Kontrollbedürfnis (76).

Dagegen lässt sich anführen, dass eine breite Publizität die Stellung gegenüber konkurrierenden Unternehmen verschlechtert (77); vor allem aber sind die legitimen Interessen der mitinvolvierten Privaten zu berücksichtigen, die ihrerseits keinem öffentlich-rechtlichen Publizitätsgebot unterstehen.

Hier wird es weitgehend auf den Einzelfall ankommen. Man wird aber für diese Fälle eine weitgehende Immunität gegenüber Informationsansprüchen annehmen müssen (78). Immerhin ist festzuhalten, dass auch vom Standpunkt des Publizitätsgebotes aus gegen diese Formen verwaltungsrechtlicher Tätigkeit Vorbehalte bestehen.

71) M.T. Hauser, 41

72) M.T. Hauser, a.a.O.

73) Barrelet, liberté d'information, 114

74) Vgl. dazu Imboden/Rhinow II 1017ff

75) In diesen Fällen ist auch bereits die parlamentarische Kontrolle stark eingeschränkt (A. Grisel, droit administratif 151).

76) Barrelet, a.a.O.

77) Barrelet, a.a.O.

78) Das wird a fortiori dort zutreffen, wo der Staat öffentliche Aufgaben vollumfänglich Privaten überträgt.

C. Subjektiv-öffentliches Recht auf Information ?

Die Konkretisierungsarbeit, die der Richter, konfrontiert mit der Forderung nach Information, leisten muss, ist - wir haben es gesehen - gross (79). Vieles ist hier offen, für die notwendige Abwägung öffentlicher und privater Interessen fehlen weitgehend normative Richtlinien (80); jeder Einzelfall verlangt für die Abwägung die Berücksichtigung verschiedener, je anders auftretender Variablen und ist durch spezifische Interessenkonflikte gekennzeichnet.

In der Lehre werden angesichts dieses Sachverhaltes verschiedene Positionen vertreten. J.F. Aubert hält dafür, dass ein Informationsanspruch nur de lege ferenda eingeführt werden könne (81). Grösser ist der Anteil derer, die zwar primär schon den Gesetzgeber angesprochen sehen, immerhin aber die Informationsfreiheit auch als direkten Auftrag an den Richter verstehen, das "Recht der Meinungs- und Meinungsäusserungsfreiheit durch die Oeffnung aller möglichen Informationskanäle zu verwirklichen" (82). Deziert für einen Anspruch auf Information hat sich D. Barrelet ausgesprochen (83).

Wir haben nun die oben gestellte Frage zu beantworten, ob nicht die Informationsfreiheit im Verbund mit anderen gesicherten Grundsätzen de constitutione lata das Publizitätsgebot, das originär die staatlichen Organe zur Oeffentlichkeitsarbeit verpflichtet, aber selbst nicht Basis subjektiver Berechtigung sein kann, konkretisieren und zusammen mit diesem normative Grundlage eines Rechtes auf Information sein kann.

-
- 79) Neben den erwähnten Problemen bestehen Schwierigkeiten bei der Regelung der Sanktionen bei Missbrauch erhaltener Informationen (dazu Kopp, 207 und Barrelet, *liberté d'information*, 128) und bei der verfahrensrechtlichen Durchsetzung des Anspruches (dazu Barrelet, 118ff).
 - 80) Selten schaffen gesetzliche Regelungen klare Verhältnisse. Diesbezüglich eindeutig etwa die Regelung in Art. 153 des bern. Steuergesetzes vom 29. Oktober 1944: "Die Steuerregister sind öffentlich".
 - 81) Aubert, *liberté d'opinion*, 440; auch Kopp's Äusserung, die Durchsetzung des Publizitätsgebotes müsse durch eine Ausdehnung der Kompetenzen der Gerichte erzwungen werden (205), ist wohl de lege ferenda zu verstehen.
 - 82) Fleiner, a.a.O., 390; dem hat sich auch Egloff, 175 angeschlossen. Vgl. auch M.T. Hauser⁹⁷ und Saladin, *Grundrechte*, 304.
 - 83) Barrelet, *liberté d'information*, 113 unten, ders., *droit à l'information*, 71ff

Die Frage ist trotz der erwähnten Konkretisierungsprobleme zu bejahen. Dabei ist durchaus zuzugeben, dass die normative Aussagekraft der Informationsfreiheit in ihrem traditionellen Gehalt nicht allzu hoch zu veranschlagen ist. Fällt die Antwort dennoch positiv aus, so heisst das nichts anderes, als das wesentlich verfassungspolitische Ueberlegungen (84) mit an der Entscheidung beteiligt sind.

Im einzelnen lassen sich für die Bejahung eines Anspruches auf Information folgende Ueberlegungen anführen:

- Es ist unbestreitbar, dass der Gesetzgeber - unter Berücksichtigung der Entwicklung der Kommunikationstechniken - den Anspruch im einzelnen detailliert normativ verankern muss (85).

Auf Verfassungsstufe wird es ihm aber kaum gelingen, bei der Positivierung eines Informationsanspruches über allgemeine Formulierungen - wie eben der Statuierung der Abwägung zwischen öffentlichen und privaten Interessen - hinaus zu detaillierten Regelungen zu gelangen. Das bestätigen auch die vorliegenden einschlägigen Entwürfe (86). Tatsächlich ist es schwierig, etwas über die Verpflichtung zu einer solchen Interessenabwägung, auf die letztlich alles ankommt, hinaus zu normieren (87). Nur kann man sich fragen, ob dafür eigens ein neuer Verfassungsartikel geschaffen werden muss: Dass Kollisionen zwischen divergierenden öffentlichen

84) Verfassungspolitischer Denkstil meint nach F. Müller, Arbeitsmethoden, 195, "das Abwägen von Konsequenzen, das wertende Bedenken von Inhalten".

85) Fleiner, Informationsfreiheit, 391

86) Vgl. Art. 7 VE: "Die Behörden müssen über ihre Tätigkeit ausreichend informieren und Auskunft erteilen, wenn nicht überwiegende öffentliche oder private Interessen entgegenstehen". Art. 55 Abs. 2 des Entwurfs der mit der Presseförderung betrauten Kommission statuiert: "Die Behörden v. Bund u. Kanton sind verpflichtet, Informationen von allgemeinem Interesse bekanntzugeben, sofern nicht überwiegende öffentliche oder private Interessen entgegenstehen".

87) Das gilt natürlich nur auf Verfassungsebene. Einfachgesetzlich sind detaillierte Regelungen vorstellbar und durchaus wünschbar. In eine Verfassung, die Grundsätzliches regeln soll, gehören sie kaum.

oder zwischen unterschiedlichen öffentlichen und privaten Interessen durch wertende Gegenüberstellung und Interessenabwägung zu lösen sind, gehört - so hat das Bundesgericht erst neulich wieder festgestellt (88) - längst zum gesicherten verfassungsrechtlichen Instrumentarium; die Revisionen bringen diesbezüglich nichts Neues. Das gilt um so mehr von unserem Ansatz her, der nicht darauf hinarbeitet, der Informationsfreiheit neue, positive Gehalte zu entnehmen. Die positive Verpflichtung zur Information haben wir ja bereits in den Staatsformbestimmungen der Verfassung lokalisiert. So gesehen erscheint die Bejahung eines justiziablen Anspruchs auf Information auch nicht als übermäßige Usurpation rechtsetzender Befugnisse durch den Richter.

- Bedenken gegen ein Recht auf Information der beschriebenen Art bestehen um so weniger, als das Bundesgericht in einem vergleichbaren Fall zu demselben Ergebnis gelangt ist. Das Gericht hat gestützt auf Art. 4 BV ein Recht auf Akteneinsicht gewährt, das natürlich auch nicht unbegrenzt gilt, sondern "an den berechtigten Geheimhaltungsinteressen des Staates oder Dritter" seine Grenze findet (89). Von seiner Struktur her ist das Recht auf Akteneinsicht gleich gelagert wie das Recht auf Information.

Das Bundesgericht hat sich nicht gescheut, aus Art. 4 BV sehr weitreichende Konsequenzen zu ziehen (90); es fehlen überzeugende Gründe, die dies für einen anderen Grundsatz von umfassender Tragweite, nämlich das vom Demokratie- und Rechtsstaatsprinzip geforderte Publizitätsgebot, verunmöglichen würden (91).

88) In BGE 104 Ia 97

89) BGE 95 I 106 m.w.H.; vgl. auch 100 Ia 102

90) Vgl. die Argumentation in BGE 94 I 521

91) Das Recht auf Akteneinsicht wird nicht nur vom Rechtsstaatsprinzip gefordert, sondern kann sich auch aus dem Aktivbürgerrecht ergeben (vgl. dazu Imboden/Rhinow I 522 unten). Damit besteht auch von der Begründung her eine analoge Situation. Auch das Recht auf Information stützt sich letztlich auf beide Prinzipien ab.

Zuzugeben ist, dass in diesem letzten Argument durchaus voluntative Züge enthalten sind, die Ausfluss des dieser Arbeit zugrundeliegenden Vorverständnisses sind (92). Voluntative Elemente sind indessen aus dem Konkretisierungsvorgang nicht wegzudenken, wohl aber zu disziplinieren. Zu fordern ist demnach nicht ihre - unmögliche - Eliminierung, sondern ihre Offenlegung. Die entsprechenden Ueberlegungen werden - ohne Inanspruchnahme einer quasi-normativen Kraft - mit der Intention, ein bestimmtes Ergebnis als gerechtfertigt erscheinen zu lassen, geäußert. Mir scheint dies letztlich ein nachprüfbarer Weg zu sein, als wenn beispielsweise aus dem "Wesen der Institution Presse" oder aus Meinungsäußerungs- oder Informationsfreiheit als "institutioneller Garantie" in einem als Rechtsanwendung deklarierten Akt ein Anspruch auf Information 'abgeleitet' würde.

Anzufügen bleibt, dass die staatlichen Organe im Bereich ihrer Informationstätigkeit an Art. 4 BV gebunden sind.

Soweit sie "über ihre Tätigkeit informieren und Auskunft erteilen, sind sie an das Rechtsgleichheitsgebot und an das Willkürverbot gebunden" (93).

92) Vgl. dazu vorne § 4 II

93) BGE 104 Ia 97; vgl. zu dem unter diesem Gesichtspunkt bedeutsamen Telefonziitig -Entscheid (BGE 104 Ia 377 = EuGRZ 6 (1979) 94) hinten § 8 III A 2 Anm. 13

V. Positive Ansprüche aus der Petitionsfreiheit ?

Die Petitionsfreiheit gewährleistet das Recht, "ungehindert Bit-
ten, Vorschläge, Kritiken oder Beschwerden in Angelegenheiten
ihres Kompetenzbereiches an die Behörden zu richten, ohne des-
wegen Belästigungen oder Rechtsnachteile irgendwelcher Art be-
fürchten zu müssen" (1). Das Bundesgericht deutet die Petitions-
freiheit als blosses Freiheitsrecht, "das keinerlei positiven
Anspruch verleiht" (2). Immerhin ist die Behörde verpflichtet,
von der Petition Kenntnis zu nehmen (3) - der Petitionär kann
aber nicht verlangen, dass seine Eingabe materiell behandelt,
beantwortet oder gar, dass ihr entsprochen wird (4).

Nun kann man sich in der Tat mit dem Bundesgericht fragen, "ob
diese traditionelle, stark einschränkende Auffassung von Inhalt
und Tragweite des Petitionsrechtes den gewandelten Verhältnis-
sen und Anschauungen nicht gerecht wird" (5). Fragen kann sich
insbesondere, ob das Grundrecht um positive Ansprüche auf Prü-

- 1) BGE 98 I a 488 (mit Hinweisen auf die Literatur), ebenso
100 Ia 80; zum Petitionsrecht von Strafgefangenen siehe 100
Ia 80ff
Zum historischen Ursprung der Petitionsfreiheit vgl. H. Sei-
del, Das Petitionsrecht, Grundlagen, Verfahren, Reformen,
Frankfurt/M, 1972, 17ff; zur weitergehenden Bedeutung des
Grundrechtes in der BRD, J.P. Müller, Soziale Grundrechte, 939
- 2) BGE 98 Ia 488
- 3) A.a.O., vgl. auch BGE 99 Ia 737. Das impliziert auch, dass
Behörden eine ihnen irrtümlicherweise zugekommene Petition
an die zuständige Stelle zu überweisen haben, so schon BGE
1, 11 E 4
- 4) BGE 98 Ia 488, 33 I 79; die Praxis insbesondere der Bundes-
versammlung geht aber weiter: an sie gerichtete Petitionen
werden in der Regel überprüft und beantwortet, vgl. die Hin-
weise in BGE 98 Ia 488; bei J.P. Müller, a.a.O., 939 und aus-
führlich bei Raissig, 77ff
- 5) BGE 98 Ia 489; nicht zuletzt deshalb, weil das Petitionsrecht
die Möglichkeit zu bieten scheint, die Artikulation Betroffe-
ner in komplexen Planungsvorgängen sicherzustellen, bei denen
sonst Möglichkeiten aktiver Einflussnahme fehlen. Dem Grund-
recht kommt von da her neue Aktualität zu.

fung, Beantwortung oder Begründung des Beschlusses (6) erweitert werden soll.

Das Bundesgericht hat diese Konkretisierungsaufgabe dem Gesetzgeber zugewiesen. Es hat festgestellt, dass eine verfassungsrichterliche Ausweitung im skizzierten Sinne die Grenze zwischen Petition und Rekurs unklar werden lasse (7), zudem ist es davor zurückgeschreckt, eine "Art Popularbeschwerde gegen die Akte der Staatsgewalt" zu schaffen (8). Dem Gericht ist zuzustimmen, wenn es angesichts dieser Probleme dem Gesetzgeber überlassen will, die Voraussetzungen positiver Ansprüche aus der Petitionsfreiheit und ihre Abgrenzung zu bestehenden Rechtsmitteln festzulegen (9).

De constitutione ferenda schlägt R. Bäumlin - ab einer bestimmten Zahl von Unterschriften - einen Anspruch auf materielle Behandlung und Begründung vor (10); nach J.P. Müller wäre jedenfalls zu prüfen, "wie weit das Petitionsrecht, soweit das Parlament als Adressat der Petition erscheint, auch Informationsansprüche und Ueberweisungsrechte des Parlamentes gegenüber anderen Staatsorganen begründet" (11).

6) J.P. Müller, a.a.O., 939; zu den möglichen Neuerungen des Petitionsverfahrens vgl. Raissig, 128ff, insbesondere zum interessanten Vorschlag, der Petitionskommission einen Fonds für Härtefälle beizugeben, der Mängel der generell-abstrakten Rechtsetzung durch individuell-konkrete Hilfe ausgleichen soll.

7) BGE 98 Ia 489

8) A.a.O., zustimmend M.T. Hauser, 83f

9) Das Gericht ist damit der in BGE 95 I 504 geäußerten Ansicht treu geblieben, wonach "veränderte soziologische Verhältnisse zwar Anlass zu einer Veränderung der Rechtsordnung durch den Gesetzgeber geben können, für sich allein aber die Rechtsordnung nicht abändern".

Kritisch hat sich Raissig, 124, geäußert: "Um ... das Petitionsrecht zeitgemäss, nicht nur traditionell zu konkretisieren bedarf es aber keines Gesetzgebers".

10) Bäumlin, Demokratie, 94; Art. 22 Abs.2 VE sieht - unabhängig von einer bestimmten Unterschriftenzahl - ein Recht auf Beantwortung vor. Die Petitionsfreiheit ist als komplementäre Beschwerdemöglichkeit zur in Art. 89 Abs. 2 VE vorgesehenen Institution des Ombudsmannes konzipiert; vgl. dazu den Bericht zum VE, 52

11) J.P. Müller, Soziale Grundrechte, 939

VI. Presseförderung

Die für die demokratische Ordnung konstituierende Funktion der Presse, die Gewährleistung einer umfassenden und zuverlässigen Information, sowie die Verbreitung einer Vielfalt konkurrierender Meinungen wird durch eine zunehmende wirtschaftliche und in der Folge auch publizistische Monopolisierung gefährdet (1).

Dem Gemeinwesen stellt sich die Aufgabe, Machtkonzentration im Bereich der Meinungsbildung zu verhindern, um die Pressefreiheit sicherzustellen. Hier wie anderswo verwandelt sich ein klassisches Freiheitsrecht von einer Freiheit gegen den Staat zu einer Freiheit durch den Staat (2).

Gegen die allseits als Gefahr erkannte wirtschaftliche und publizistische Medienkonzentration sind die Massnahmen der staatlichen Presseförderung angesetzt (3).

An bereits realisierten, allerdings weithin ungenügenden einschlägigen Massnahmen sind finanzielle Erleichterungen der PTT (Taxermässigungen) (4) und die Befreiung von der Warenumsatzsteuer erwähnenswert (5).

Der Bericht der Expertenkommission für die Revision von Art. 55 BV vom 1. Mai 1975 schlägt an weitergehenden Massnahmen, zunächst ohne Antastung der HGF, Beiträge an Nachrichtenübermittlung und Einrichtungen der Nachrichtenbeschaffung, Produktionskostenbeiträge, Vertriebskostenreduktionen, Investitionshilfen und Stützungsbeiträge vor; hält dann aber auch - basierend auf einem neuen Art. 55 bis Abs. 2 - Massnahmen für unerlässlich, die nicht mehr im Einklang mit der HGF stehen (6); Art. 55 bis Abs. 3 fordert die Aus- und Weiterbildung von Journalisten und Verlegern, Abs. 4 schliesslich sieht Steuererleichterungen vor. Diese Leitsätze auf Verfassungsstufe finden sich in einem Ent-

-
- 1) Hesse, Grundzüge, 162; zur Konzentration der Presse in der Schweiz vgl. Presseförderung, 3f, 30f
 - 2) Die Zusammenhänge zwischen Presseförderung und Pressefreiheit sind von der Kommission klar erkannt worden, vgl. Presseförderung, 34, 60f
 - 3) Die Kommission erachtet einerseits grosszügige Förderungsmassnahmen, andererseits eine weitgehende Normsetzungsbefugnis des Bundes, die - nötigenfalls auch unter Abweichung von der HGF - wirksam die Monopolisierung bekämpfen soll, als notwendig.
 - 4) Presseförderung 40f; vgl. zu den Einzelheiten Barrelet, *liberté d'information*, 178f und zu den Voraussetzungen der Taxermässigung BGE 99 I b 285ff
 - 5) Presseförderung, 48; Barrelet, a.a.O., 179ff
 - 6) Presseförderung, 62

wurf zu einem Presseförderungsgesetz konkretisiert (7).

Die in Anwendung des Presseförderungsgesetzes ergehenden Verfügungen sollen einer differenzierten Rechtspflegeordnung untergestellt werden (8). Bedeutsam ist, dass Entscheide über Streitigkeiten im Zusammenhang mit der Ausrichtung von Stützungsbeiträgen wegen ihrer politischen Implikationen direkt vom Bundesrat entschieden werden sollen (9).

Die umfangreichen Revisionsbestrebungen auf verfassungs- und einfachgesetzlicher Ebene machen deutlich, dass gestützt auf den jetzt geltenden Art. 55 BV kaum subjektiv-positive Ansprüche auf Presseförderung geltend gemacht werden können. Zu Recht stellt J.F. Aubert (10) fest: "On n'imagine pas que un éditeur invoque l'art 55, tout seul, pour obtenir un subside de la Confédération ou d'un canton. On ne voit guère un juge condamner l'Etat sur une base aussi vague" (11).

Der Bericht für die Revision des Art. 55 BV ist sogar der Ansicht, dass die Ausgestaltung der Presseförderung durch die Legislative - von der Judikative ganz zu schweigen - allein gestützt auf den "sozialgestaltenden Gehalt" der jetzt geltenden Presserechtsbestimmung in Art. 55 BV nicht möglich sei (12), hier sei ein neuer einschlägiger Verfassungsartikel unabdingbar, der die Zuordnung von Förderungsmassnahmen und Regelungsmaterien regle (13).

- 7) A.a.O., 65ff, am ambitionierten Projekt ist allerdings die jüngste Entwicklung der Bundesfinanzen nicht spurlos vorübergegangen, vgl. den Bericht im TA vom 12.4.79, S. 5
- 8) Dazu ausführlich Presseförderung, 123ff
- 9) A.a.O., 124; ein Weiterzug an die Bundesversammlung wird abgelehnt.
- 10) Liberté d'opinion, 440
- 11) Auch Barrelet, liberté d'information, 184 hält ohne einfachgesetzliche Grundlage subjektive Ansprüche für nicht realisierbar.
- 12) Presseförderung, 60; a. M. Fischer, 58, der eine Subventionierung der Presse nur gestützt auf Art. 55 BV für möglich hält, "wenn man sich die institutionelle Auffassung der Pressefreiheit zu eigen machen würde".
- 13) Presseförderung, a.a.O.; diese Sicht der Dinge wird bestätigt durch die Regelung in Art. 31 bis Abs. 3 lit a BV, wo der Bund nur beim Vorliegen sehr eng gefasster Voraussetzungen Massnahmen zur Erhaltung gefährdeter Wirtschaftszweige ergreifen darf.

VII. Positive Ansprüche aus der Sprachenfreiheit ?

Die Sprachenfreiheit gewährleistet das Recht, sich in einer beliebigen Sprache, insbesondere in der Muttersprache zu äussern (1); sie gilt in der Schweiz als ungeschriebenes Grundrecht (2).

Art. 116 BV, der die Sprachenfreiheit voraussetzt (3), konkretisiert sie zugleich auch. Der Bestimmung, die die deutsche, französische, italienische und rätoromanische Sprache zu Nationalsprachen erklärt, wird entnommen, dass die Sprachenfreiheit vom Territorialitätsprinzip beherrscht wird (4). Dies wirkt sich in zweierlei Richtung aus: Einmal darf ein Kanton gestützt auf den Grundsatz Massnahmen gegen Einbrüche in die angestammte Sprache ergreifen - insoweit bildet das Prinzip eine Schranke individueller Sprachenfreiheit (5) - andererseits verbietet die Sprachenfreiheit in Verbindung mit Art. 116 BV, als Bestandesgarantie der Nationalsprachen (6), den Kantonen, sprachliche

- 1) Vgl. zum Sprachenrecht insbesondere die grundlegende Arbeit von R. Viletta, Abhandlung zum Sprachenrecht mit besonderer Berücksichtigung des Rechts der Gemeinden des Kantons Graubünden, Bd. 1 (Grundlagen des Sprachenrechts) Zürich 1978
- 2) Seit BGE 91 I 485; die Sprachenfreiheit in der Praxis der mit dem Schutz der EMRK betrauten Strassburger Behörden schützt die Sprachen nicht in weiterem Ausmasse - zumindest nicht im Bereich des Schulunterrichtes (Haefliger, 82, 85).
- 3) Nicht aber selbst garantiert: BGE 100 Ia 465
- 4) Danach dürfen im Interesse des Sprachfriedens die überlieferten Grenzen der Sprachgebiete und Inseln nicht, jedenfalls nicht bewusst, verschoben werden, a.a.O., 466 m.w.H. Vgl. auch Viletta, 309ff
- 5) Viletta, 178, 307. In diesem Sinne hat beispielsweise der Kanton Tessin Schutzmassnahmen zur Erhaltung seiner 'italianità' angeordnet, vgl. dazu die bei Wildhaber, Sprachenstreit, 38 zitierten unveröffentlichten BGE aus den Jahren 1932 und 1938; BGE 91 I 480ff schützt Auflagen, die einer französischen, in Zürich domizilierten Privatschule vom Kanton Zürich auferlegt werden, nicht wegen Gefährdung der sprachlichen Eigenart des Kantons Zürich, sondern weil durch eine Ausbildung in einem nicht der Hauptsprache entsprechenden Idiom ein Eigenlegen gefördert werde, das der von Art. 116 geforderten Homogenität der Sprachgebiete widerspreche (a.a.O., 491).
- 6) BGE 100 Ia 465; vgl. dazu auch die Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung über die Gewährung eines jährlichen Beitrages an die Ligia Romantscha (Lia Rumantscha) und an die Pro Grigioni Italiana in BBL 1974 I 275ff, insbes. 303. Für den Bund wird die Zuständigkeit zur Unterstützung der rätoromanischen Sprache denn auch direkt aus Art. 116 BV abgeleitet.

Minderheiten zu unterdrücken und in ihrem Fortbestand zu gefährden (7).

Dieser zweite Teilgehalt der Sprachenfreiheit bildet den Ansatzpunkt für leistungsfordernde Vorstösse, die vor allem im Bereich Sprachenfreiheit und Schulunterricht aktuell werden: Angesichts der Bedeutung, die der Muttersprache im Leben der Menschen zukommt und der Tatsache, "dass die Schulung in einer anderen Sprache dem Heranwachsenden den Zugang zu den Feinheiten und dem Reichtum der eigenen Sprache erschwert, ja ihn darüberhinaus ... dem eigenen Kulturkreis entfremden kann" (8), stellt sich die Frage, ob nicht von Grundrechts wegen ein Anspruch gegen den Staat auf Erteilung des Unterrichtes in der Muttersprache besteht.

Regelmässig wird der Unterricht in einer Gemeinde, in der nur eine Sprache gesprochen wird oder in der die weitaus grösste Mehrheit die nämliche Muttersprache hat, in dieser Sprache erteilt (9). Das Bundesgericht hat offengelassen, "ob in grossen Ortschaften mit einer starken sprachlichen Minderheit eine Pflicht des Gemeinwesens bestehen könnte, eine öffentliche Schule einzurichten, in der die Schüler der Minderheit in ihrer Sprache unterrichtet werden" (10).

In der Lehre wird zu Recht angenommen, dass die Sprachenfreiheit das Recht auf Unterricht in einer bestimmten Sprache einräumen kann und mithin subjektiv-positive Ansprüche gewährleistet. Der Möglichkeit für einen solchen Umschlag werden allerdings enge Grenzen gesetzt: so bejaht A. Haeffliger einen Anspruch (11), wenn beispielsweise ein zweisprachiger Kanton durchwegs nur in der Sprache der Mehrheit unterrichten liesse; ebenso wenn die Mehrheitssprache als alleinige Unterrichtssprache eingeführt würde mit dem Ziel, die Minderheitssprache mit der Zeit untergehen zu lassen; freilich seien jeweils die praktischen Gegebenheiten mitzuberücksichtigen (12).

7) Haeffliger, 78; zur Tragweite der Bestandesgarantie insbesondere Viletta, 179f.

8) BGE 91 I 49 3

9) BGE 100 Ia 466

10) A.a.O.

11) Haeffliger, 83, der sich insoweit auch auf die EMRK beruft. Eher skeptisch zu einem solchen Umschlag Viletta, 290

12) A.a.O.; vgl. auch den Fall der 60-ig köpfigen graubündnerischen Gemeinde St. Martin im Randgebiet des Rätoromanischen: BGE 100 Ia 466 E 2 b

Im Entscheid Derungs (13) hatte das Bundesgericht zu entscheiden, ob die Sprachenfreiheit - nachdem die Erteilung rätoromanischen Unterrichts an die Kinder des Beschwerdeführers in der Wohnsitzgemeinde nicht in Frage kam - Anspruch auf Bezahlung des Schulgeldes für den romanischen Unterricht der Kinder in der Nachbargemeinde gibt. Das Gericht verneinte die Frage, weil im konkreten Fall der Gehalt der Sprachenfreiheit nicht tangiert sei (14). Immerhin ist der Formulierung auf S. 420 des Urteils zu entnehmen, dass es die Möglichkeit einer Verletzung der Sprachenfreiheit durch Verweigerung des Unterrichtes in der Muttersprache nicht grundsätzlich ausschliesst, sondern nur an sehr strenge Erfordernisse knüpft. Bei einer entsprechenden Einzelfallkonstellation scheint ein subjektiv-positiver Anspruch nicht ausgeschlossen (15).

Die Konstellation erinnert an das bereits bei der persönlichen Freiheit im Zusammenhang mit dem nc Ausgeführte (16). Hier wie dort kommt dem Staat eine faktische Monopolstellung zu; hier wie dort tangiert staatliches Unterlassen den Grundgedanken der je involvierten Freiheit besonders stark; es scheint, dass damit zumindest zwei notwendige - wenn auch nicht hinreichende Voraussetzungen (17) - für eine mögliche Ableitung positiver Ansprüche aus Grundrechten durch das Bundesgericht bezeichnet sind.

13) BGE 100 Ia 462ff

14) Vgl. aber die vom Gericht geäusserten Bedenken a.a.O. 471 E 5

15) Diesen Schluss legt folgendes obiter dictum nahe: "Ob die Sprachenfreiheit zu den wenigen Grundrechten gehört, die Anspruch auf positive Leistungen geben, mag bezweifelt werden, kann aber offen bleiben" (a.a.O., 469). Offenbleiben konnte es, weil im konkreten Fall eine Verletzung des Grundrechtes durch Nichtzahlen des Schulgeldes nicht gegeben war (a.a.O., 471), und zwar, weil der in mehrheitlich deutschsprachigem Gebiet lebende Kläger keinen Anspruch hatte, seine Kinder in Rätoromanisch ausbilden zu lassen. Immerhin kann eine Einzelfallkonstellation nicht gänzlich ausgeschlossen werden, wo eine fehlende Unterstützung die Sprachenfreiheit verletzt; in dem Fall kann der rechtmässige Zustand nur durch einschlägige staatliche Massnahmen wiederhergestellt werden.

16) Vgl. vorne § 7 II C 2 Anm. 145

17) Zusätzlich erforderlich ist, dass keine der unter § 7 II C 1 c genannten Probleme vorliegen.

VIII. Eigentumsgarantie: Recht auf Erschliessung ?

Hat der bauwillige Grundeigentümer gegenüber dem Gemeinwesen gestützt auf die Eigentumsgarantie einen Anspruch auf Erschliessung (1) seines Grundstückes (2) ?

Die Ausübung der aus der Eigentumsgarantie fliessenden Baufreiheit (3, 4) hängt weitgehend von der tatsächlichen Erschliessung ab (5): Bauvoraussetzung ist die Baureife eines Grundstückes, und die ist nur gegeben, wenn das Grundstück nach Lage, Form und Beschaffenheit für die Ueberbauung geeignet und erschlossen ist (6).

Die Rechtsprechung hat bis heute einen solchen Anspruch verneint (7). Das Bundesgericht anerkennt zwar, dass die Möglichkeit der Nutzung und Verwertung eines Grundstückes weitgehend von den Erschliessungsmassnahmen der öffentlichen Hand abhängt und insoweit der Grundeigentümer an der Leistung interessiert ist, sieht aber darin keinen Anlass, "die Tragweite der Eigentumsgarantie im Sinne der Zuerkennung positiver Ansprüche an den

- 1) Zum Begriff der Erschliessung und den notwendigen Unterscheidungen vgl. Engeler, 15; Biland, 26
- 2) Die Erschliessung wird allgemein als eine Leistung der öffentlichen Hand betrachtet (vgl. etwa Lendi, 149), insoweit handelt es sich um eine für unsere Arbeit einschlägige Frage.
- 3) Dazu Engeler, 25; Martin, 123; Lendi, 144
- 4) Gegen die Annahme einer Baufreiheit werden neuerdings Bedenken erhoben, vgl. die Hinweise bei Lendi, 144
- 5) Martin, 124; Lendi 148
- 6) Martin, XXVII, 42ff; zum Begriff der Baureife auch Biland, 24
- 7) BGE 92 I 369ff, 503ff; 61 I 321; ZBL 70 (1969) 322; rechtsvergleichend ist erwähnenswert, dass das deutsche Bundesbaugesetz vom 23. Juni 1960 in § 123 Abs. 4 ausdrücklich festhält: "Ein Rechtsanspruch auf Erschliessung besteht nicht". Innerhalb der kantonalen Baugesetze hält dasjenige des Kantons Luzern (vom 15. September 1970) in seinem § 30 fest: "Der Einbezug eines Grundstückes in eine bestimmte Bauzone verpflichtet die Gemeinde zu keinen unmittelbaren Leistungen für die Erschliessung".

Staat zu erweitern (8)".

Ausgehend von der Tatsache, dass die Baufreiheit von der tatsächlichen Erschliessung, einer dem Staat vorbehaltenen (9), öffentlichen Leistung abhängt (10), fordert die neuere baurechtliche Literatur, der Gesetzgeber habe dafür besorgt zu sein, dass die Baufreiheit nach Massgabe der Nutzungsordnung, d.h. innerhalb der Bauzone (11), auch wahrgenommen werden könne (12). Dies sei nur möglich, wenn ein Rechtsanspruch auf Erschliessung bestehe (13).

Den Anspruch hat M. Lendi so begründet: Der Erschliessungsgesetzgeber sei nach Massgabe der Nutzungsordnung an die Baufreiheit gebunden (14). Er könne also eine Regelung vornehmen, welche für die Bauzone die Erschliessung anordnet, für das Nichtbaugelände aber verweigert. In der Bauzone sei er an die Baufreiheit gebunden und müsse deshalb auch besorgt sein, dass die Baufreiheit tatsächlich wahrgenommen werden könne. Dazu sei ein Recht auf Erschliessung notwendig (15). Lendi und andere knüpfen dabei an die ersten 'korrespondierenden' baugesetzlichen Normierungen einer Erschliessungspflicht

- 8) BGE 92 I 510 mit Literaturhinweisen, zustimmend nun auch Imboden/Rhinow II 1042. Das BGer hat in einem neuesten Entscheid (BGE 103 Ia250ff) für den umgekehrten Sachverhalt, nämlich erschlossenes, aber nicht eingezontes Grundstück, angedeutet, dass sich allenfalls bei einem Grundstück, das im Gegensatz zu anderen eingezonten Gebieten in weitem Masse erschlossen ist, Fragen eines Anspruches auf Einzonung ergeben können. Dieser Umstand führe zwar nicht zu einem unmittelbar auf die Eigentumsgarantie gestützten Anspruch auf Einzonung. "Eine solche (Einzonung) kann verfassungsrechtlich aber gleichwohl gefordert sein, wenn es angesichts einer bereits durchgeführten Erschliessung nicht im öffentlichen Interesse liegt, das fragliche Gebiet nicht einzuzonen" (a.a.O., 256).
- 9) Simonius, 18
- 10) Lendi, 148
- 11) Vgl. dazu Martin, 79ff
- 12) Martin, 124 ; vgl. auch Saladin, Grundrechte, 322f
- 13) Lendi, 150
- 14) Ders., 150 ; ihm folgt Martin, 131ff
- 15) Hingegen sind nutzungsmässige Eigentumsbeschränkungen (Bauverbotszonen, Landwirtschaftszonen) verfassungsmässig zulässig und können die Baufreiheit als Nutzungsfreiheit aufheben.

(16) an; Biland leitet das Erschliessungsrecht aus der Erschliessungspflicht als ihr "inhärentes Postulat" ab (17). P. Simonius schliesslich möchte positive Leistung gestützt auf die Eigentumsgarantie soweit bejahen, als "sie die partielle Aufhebung einer vorher verfügbaren Eigentumsschranke enthält, so beispielsweise bei der Baubewilligung als Aufhebung eines generellen Bauverbotes (18), der Erschliessung als Gegenstück zu einem staatlichen Erschliessungsmonopol, der Aufzoning als Lokierung eines in Zonenform gefassten Verbots" (19). Verdeutlichende Hinweise auf Struktur und Justiziabilität des Erschliessungsanspruches fehlen leider.

In dem Zusammenhang stellen sich verschiedene Probleme:

a) Man hat für den Fall, dass infrastrukturelle Gegebenheiten eines ganzen Siedlungsgebietes (bspw. Einrichtung und Ausstattung des öffentlichen Verkehrs(20) zur absoluten Bauvoraussetzung erhoben würden festgestellt, dass dem einzelnen Grundrechtseigentümer kein Rechtsanspruch auf infrastrukturelle Erschliessung zugestanden werden könne, weil dadurch "die öffentliche Hand als Trägerin der Infrastruktur zu einer finanziell u.U. kaum zu bewältigenden Investitionstätigkeit rechtlich verpflichtet wäre" (21). Nicht anders ist die Sachlage bei der auch sehr finanzintensiven Erschliessung des Baugrundstückes selbst (22).

Das Problem stellt sich natürlich nicht, wenn das kantonale Recht

- 16) Lendi, 150; Martin, 132; Zürich normiert eine Erschliessungspflicht in den §§ 90, 93 des Planungs- und Baugesetzes (PBG) vom 7. Sept. 1975. Zu den entsprechenden anderen kantonalen Normen vgl. die Uebersicht bei Martin, 127; auf Bundesebene sieht das Wohnbau- und Eigentumsförderungsgesetz (WEG) vom 4. Okt. 1974 (SR 843) in Art. 5 eine Erschliessungspflicht vor; Art. 20 Abs. 2 des Entwurfes für das BG über die Raumplanung vom 4. Okt. 1974 (ERPG) verlangte "zeitgerechte Erschliessung".
- 17) Biland, 100
- 18) Dies wird bereits in ständiger Rechtsprechung vom Bundesgericht praktiziert, vgl. dazu vorne § 7 II B Anm. 38
- 19) Simonius, 18
- 20) Anderes zur Infrastruktur Zählendes erwähnt Martin, 133
- 21) Lendi, 173; a. M. Martin, 134, ohne aber auf die Probleme im Zusammenhang mit der Justiziabilität des Anspruches einzugehen.
- 22) Angesprochen auch bei Saladin ZSR 86 I (1967) 435 Anm. 5 und bei Imboden, Verwaltungsrechtsprechung, 3.A. 577; vgl. auch § 30 des luzernischen Baugesetzes, der Bau, Korrektur und Ausbau der Erschliessungsanlagen von den finanziellen Möglichkeiten abhängig macht.

die Erschliessung vollumfänglich dem Grundeigentümer überbindet (23). Immerhin macht das deutlich, dass Fragen der anteilmässigen Finanzierung beantwortet werden müssen. Dafür braucht es einschlägige normative Anknüpfungspunkte, die allein der Eigentumsgarantie schwerlich zu entnehmen sein dürften (24).

b) Unbestritten ist, dass es sich nicht um einen Anspruch "auf Erschliessung einer bestimmten Parzelle zu einer bestimmten Zeit handelt" (25). Abgestellt wird auf die für die Erschliessungspflicht vorgesehene Frist: Art. 5 WEG verlangt Erschliessung innerhalb von 10 - 15 Jahren. Ist nach Ablauf dieser Frist die Erschliessung nicht Tatsache geworden, so gilt die Erschliessungspflicht als nicht erfüllt; ab dann hat der Grundeigentümer die Klagemöglichkeit (26). Vorher wird sie angesichts fehlender Fristenbestimmung verneint (27).

Wir können an dieser Stelle die Abklärungen abbrechen. Aus dem bis jetzt Gesagten geht deutlich hervor, dass die Eigentumsgarantie - via Baufreiheit - von zu geringer normativ-determinierender Kraft ist, um angesichts der - übrigens nicht erschöpfend genannten (28) - Schwierigkeiten die alleinige normative Basis für einen Anspruch auf Erschliessung abzugeben (29). Unverzichtbar sind zusätzliche, einfachgesetzlich positivierte Anhaltspunkte, die erst den Anspruch in judiziellen Ver-

23) Dazu Biland, 97

24) Vgl. allgemein zum Problem fehlender normativer Kraft der Grundrechte für die Bemessung von Leistungen hinten § 7 II C l c aa

25) Lendi, 150; Martin, 132; Biland, 102

26) Biland, 102

27) Biland, a.a.O.; anders Martin, 132, der auch ohne statuierte Erschliessungspflicht und Fristansetzung einen Anspruch geben will, allerdings ohne die hier unentbehrlichen normativen Anknüpfungspunkte zu benennen.

28) Zu prüfen wären, neben dem in lit.a. und b Erwähnten, auch Fragen verfahrensrechtlicher Natur; vgl. dazu etwa - de lege ferenda (!) - Martin, 133 und Biland, 103

29) Ablehnend neuerdings auch Imboden/Rhinow II 1042

fahren durchsetzbar erscheinen lassen (30). Diese Anhaltspunkte allein aus der Eigentumsгарantie ableiten zu wollen, würde bedeuten, die der Konkretisierung gesetzten Grenzen zu überschreiten.

Wenn dem aber so ist, dann fällt der Anspruch auf Erschliessung aus dem Betrachtungskreis dieser Arbeit, die sich nur mit direkt auf Grundrechte gestützten, ohne einfachgesetzliche Vermittlung ableitbaren Ansprüchen beschäftigt.

Gegen einen unbedingten Anspruch auf Erschliessung sprechen auch rechtspolitische Überlegungen. In der Schweiz ist zurzeit fast überall zuviel Bauland eingezont (31). Eine Redimensionierung der Bauzonen ist deshalb nötig und vom Bundesgericht auch als wichtige raumplanerische Massnahme von erheblichem öffentlichen Interesse gewürdigt worden (32). Mit der Auszonung sollen Streubauweise vermieden, dem Landschaftsschutz Rechnung getragen und die Infrastrukturanlagen und -kosten beschränkt werden (33). Diese übergeordneten, raumplanerischen Anliegen werden verunmöglicht, falls jeder Grundeigentümer für sein in einer überdimensionierten Bauzone gelegenes Grundstück einen Anspruch auf Erschliessung geltend machen kann.

Soweit die Gemeinde Leistung erbringt, ist sie natürlich an Art. 4 BV gebunden. Erschliessung verlangende Grundeigentümer hat sie gleich zu behandeln (34); einem allfällig diskriminierten Eigentümer eröffnet sich gestützt auf Art. 4 BV der Weg akzessorischer Leistungsforderung mit dem Ziel der Gleichbehandlung (36).

Für das andere wirtschaftliche Grundrecht, die HGF, hat das Bundesgericht jüngst festgestellt, dass sich daraus keine Ansprüche auf staatliche Leistung ableiten lassen. So sei der Staat nicht verpflichtet, Gelegenheit für eine gewinnbringende Tätigkeit zu schaffen oder Verträge mit wirtschaftlich tätigen Bürgern zu schliessen. Insbesondere sei etwa der Unternehmer, dessen Offerte bei der Vergabe öffentlicher Arbeiten nicht berücksichtigt werde, nicht in seiner HGF verletzt (36). Immerhin können sich auch hier Fragen im Zusammenhang mit Art. 4 BV stellen.

-
- 30) Bei entsprechender gesetzlicher Grundlage kann sich hingegen ohne weiteres ein subjektives Recht ergeben; vgl. etwa BGE 99 Ia 69 betreffend Anschluss an die kommunale Wasserversorgung.
 - 31) Vgl. die Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zum BG über die Raumplanung vom 31. Mai 1972, BBL 1972 I 1460
 - 32) BGE 103 Ia 252; 102 Ia 433; 98 Ia 377
 - 33) BGE 103 Ia 252
 - 34) BGE 92 I 510
 - 35) Dazu ausführlich hinten § 8
 - 36) BGE 102 Ia 533ff

IX. Recht auf Antenne

Ein auf verfassungsmässige Rechte gestützter Anspruch auf Zugang zu Radio und Fernsehen existiert nicht (1). Bereits Art. 13 Abs. 4 der der Schweizerischen Radio- und Fernsehgesellschaft (SRG) erteilten (2) Konzession (3) bestimmt: "Niemand besitzt einen Anspruch auf die Verbreitung bestimmter Werke und Ideen durch Radio und Fernsehen oder auf Benützung des Materials und der Einrichtung der SRG". Ein subjektiv-öffentliches Recht auf Antenne wäre schon angesichts der technischen Eigenheiten des Mediums sowie der Erfordernisse einer vernünftigen Programmgestaltung, die dem Betrieb zahlreiche Schranken setzten, undurchführbar (4).

Das Bundesgericht ist als Verwaltungsgericht in BGE 97 I 731ff immerhin auf die Rüge einer nur in einem Kanton vertretenen Partei eingetreten, die im Vorfeld der Wahlen in die Bundesversammlung von Werbesendungen für politische Parteien ausgeschlossen, eine Verletzung ihres Teilhabeanspruches auf Benützung von Radio und Fernsehen behauptete. Das Gericht hat die Klage zwar abgewiesen, hat aber doch im Interesse eines freien politischen Wettbewerbes (5) bestimmte rechtliche Grenzen aufgezeigt, innerhalb deren die Chancengleichheit politischer Parteien respektiert

1) Morand, radio et télévision, 195; Fischer, 55

2) Die Zuständigkeit des Bundes für Radio und Fernsehen lässt sich, was den fernmeldetechnischen Bereich betrifft, aus Art. 36 Abs. 1 BV ableiten (vgl. dazu BBL 1972 II 1310 m.w.H.); darüber hinaus, insbesondere was die Befugnis des Bundes betrifft, in der Konzession Vorschriften über die Programmgestaltung zu erlassen, hängt vieles rechtlich in der Luft. Vgl. dazu ausführlich Morand, a.a.O., 174; ein neuer Art. 36 quater BV, der eine klare Verfassungsgrundlage schaffen sollte, wurde in der Volksabstimmung vom 26. Sept. 1976 verworfen (BBL 1976 III 1540)

3) Konzession für die Benützung der elektrischen und radio-elektrischen Einrichtungen der schweiz. PTT zur öffentlichen Verbreitung von Radio- und Fernsehprogrammen vom 27. Okt. 1964.

4) Vgl. dazu Fischer, 55 und Morand, a.a.O., 195, der immerhin in Betracht zieht, wenn auch nicht Einzelnen, so doch repräsentativen Gruppen den Zugang zu ermöglichen.

5) Vgl. insbesondere BGE 97 I 734; zur Rolle von Radio und Fernsehen im politischen Willensbildungsprozess hat sich das Gericht in BGE 98 Ia 81 f geäußert.

werden muss (6).

Auch hier ist natürlich von Art. 4 BV gefordert, dass sich die SRG an einmal getroffene Differenzierungsschemata hält und keine willkürlichen Unterscheidungen vornimmt (7).

6) Das Gericht hat sich dabei auf eine Willkürprüfung beschränkt (vgl. BGE 97 I 735). Kritisch dazu Morand, a.a.O., 195, der "sous l'angle du principe d'égalité, renforcé par la garantie des droits politiques" für kleine Parteien und Bewegungen ein Mehr an Zugang zu Radio und Fernsehen für verfassungsrechtlich geboten hält.

7) Vgl. dazu - insbesondere zu dem erwähnten Entscheid - hinten § 8 II C 2 c

X. Kleine Sozialrechte und Anspruch auf Fürsorge

A. Kleine Sozialrechte (1)

Auf Verfassungsstufe gewährleisten allein sie explizit positive Ansprüche gegen den Staat. Es handelt sich dabei um den

- Anspruch auf unentgeltliche Ausrüstung der Wehrmänner (Art. 18 Abs. 3 BV)

- Anspruch auf genügenden und unentgeltlichen Primarschulunterricht (Art. 27 Abs. 2 BV) (2)

- Anspruch auf ein schickliches Begräbnis (Art. 53 Abs. 2 BV) (3)

Diese verfassungsmässigen Rechte räumen positive Ansprüche ein, die direkt gestützt auf die konstitutionelle Norm geltend gemacht werden können; jegliche Ausführungsgesetzgebung fehlt (4). Insofern handelt es sich um den Paradefall der hier thematisierten verfassungsunmittelbaren Leistungsrechte. Eine nur marginale Behandlung der kleinen Sozialrechte rechtfertigt sich indessen - vom Interesse dieser Arbeit her - angesichts der verfahrensrechtlichen Regelung: Behauptete Verletzungen dieser Rechte beurteilt nicht das Bundesgericht als Staats- oder Verwaltungsgericht, sondern der Bundesrat (5).

Dafür lassen sich zunächst historische Gründe anführen (6), ausschlaggebend war indessen die Ueberlegung, dass die Verfassungs-

1) So die treffende Bezeichnung von J.P. Müller, Soziale Grundrechte, 843, 860, 896

2) Dieses Recht ist wegen des Obligatoriums zugleich auch eine Pflicht, Huber, Garantie, 132 a

3) Zum Umfang dieses Anspruches BGE 97 I 231ff

4) E. Grisel, 120. Das trifft bei dem von J.P. Müller, a.a.O., 896 Anm. 678 auch zu den kleinen Sozialrechten gerechneten Unterstützungsanspruch der Wehrmänner (Art. 18 Abs. 2 BV) nicht zu. Vgl. zur gesetzlichen Ausgestaltung dieses Anspruches das BG über die Militärversicherung vom 20.9.1949 (SR 833.1) und das BG über die Erwerbsersatzordnung für Wehr- und Zivildienstpflichtige (EOG) vom 25. Sept. 1952 (SR 834.1).

5) Art. 73 Abs. 1 lit. a VwVG; vgl. zur Grenzziehung zwischen Art. 49 und 50 BV - einer bundesgerichtlicher Kognition unterstehenden Materie - und Art. 53 Abs. 2 BV BGE 97 I 229f

6) Es wird vor allem darum gegangen sein, dass angesichts konfessioneller Spannungslagen im Bereiche der einschlägigen Art. 27 Abs. 2 und Art. 53 Abs. 2 BV vom Bundesrat 'elastischere' und der politischen Situation angepasste Massnahmen erwartet wurden, als von einem auf juristische Gesichtspunkte festgelegten Gericht. Dazu ausführlich J.P. Müller, a.a.O., 860

gerichtsbarkeit eher darauf angelegt ist, Verfassungswidrigkeiten festzustellen, als Leistungen zu bemessen (7).

B. Anspruch auf Fürsorge

Neuerdings wird die These vertreten, zu den kleinen Sozialrechten sei ein ungeschriebenes (8), justiziables (9) Grundrecht auf Fürsorge zu zählen (10) - "im Sinne einer existenzsichernden Sozialhilfe in Notlagen für Wohnung, Nahrung, Kleidung und Hilfe bei Krankheit". Es soll die minimalen Voraussetzungen eines menschenwürdigen Daseins sichern (11, 12).

J.P. Müller weist darauf hin, dass es nicht an Gesichtspunkten und Richtlinien fehle, die erlauben, den Anspruch zu konkretisieren und nennt "die von der Schweizerischen Konferenz für öffentliche Fürsorge periodisch veröffentlichten Richtsätze, die kantonale und eidgenössische Gesetzgebung über Ergänzungsleistungen zur AHV und IV, mit der erstmals ein bestimmtes Existenzminimum an AHV- und IV-Rentner gewährt wird, weiter die zeitgemässen kantonalen Fürsorgegesetze" (13).

Zu Fürsorgeleistungen verpflichtet ist nach geltender Regelung der Wohnsitzkanton (14); allerdings hat der Klient der öffentli-

- 7) So Huber, Garantie, 133 a; im Anschluss an Huber auch BBL 1946 III 849 Anm. 1 betr. Art. 27 Abs. 2 BV. Dies entspricht grundsätzlich dem, was sich vorne bei § 7 II C 1 c über die Justiziabilität subjektiv-positiver Rechte ergeben hat.
- 8) So J.P. Müller, Soziale Grundrechte, 896; nach ihm ist ein solcher Anspruch auch als Teilgehalt der persönlichen Freiheit oder als besonderer Ausfluss der Rechtsgleichheit in Anlehnung an das Armenrecht vorstellbar. Vgl. neuerdings ders., Grundrechtstheorie, 272 Anm. 21
- 9) Zur Justiziabilität des Anspruches Wildhaber, Soziale Grundrechte, 389
- 10) Anders argumentiert Jost, 40; für ihn ist ein das blosse Existenzminimum garantierender Mindestlohn polizeilich gerechtfertigt.
- 11) J.P. Müller, a.a.O., 897; ihm kommt damit auch nicht die programmatische Bedeutung anderer Sozialrechte zu, insoweit ist es nur kleines Sozialrecht. In der Tat verliert die öffentliche Einzelfürsorge neben einer umfassenden Sozialgesetzgebung immer mehr an Bedeutung und nimmt eine subsidiäre Stellung ein, vgl. dazu Rickenbach, 161
- 12) Vgl. zu dem in der BRD von Lehre und Rechtsprechung anerkannten Fürsorgeanspruch die zahlreichen Hinweise bei Klöpfer, 3f
- 13) J.P. Müller, a.a.O., 897
- 14) BBL 1974 I 230; der Wohnsitzkanton kann allerdings unter bestimmten Umständen Regress auf den Heimatkanton nehmen.

chen Fürsorge keinen Rechtsanspruch auf eine bestimmte zahlenmässige Leistung (15).

Der mit der Volksabstimmung vom 7. Dezember 1975 geänderte Art. 48 BV (16) hat den Grundsatz, wonach die Unterstützung von Bedürftigen dem Aufenthaltskanton obliegen soll (17), verfassungsrechtlich verankert. Nach der Formulierung ist von einer objektivrechtlichen Festlegung der Fürsorgepflicht auszugehen.

Trotz der Tatsache, dass auf Konkordatebene eine subjektive Berechtigung explizit ausgeschlossen wird (18), spricht einiges dafür, einen Fürsorgeanspruch der skizzierten Art als ungeschriebenes Grundrecht der BV anzuerkennen. Eine "minimale Sinnerfüllung" der Formel, wonach Freiheiten als ungeschriebene Grundrechte anzuerkennen seien, wenn sie Voraussetzung für die Ausübung anderer Freiheitsrechte bilden, verlangt die Anerkennung eines Rechtes auf minimale Existenzsicherung durch staatliche Leistungen (19). Auch ein Verständnis des in BGE 97 I 49 genannten Menschenwürdegrundsatzes, das als eine der wesentlichsten Vorbedingungen menschlicher Würde die Befreiung von drückender ökonomischer Enge betrachtet, legt diese Lösung nahe (20). Schliesslich hat das Vernehmlassungsverfahren anlässlich der Revision von Art. 48 BV in der Frage der Verpflichtung des Gemeinwesens zur - wohnörtlichen - Unterstützung einen breiten Konsens erkennen lassen

15) Ein Rechtsanspruch wird durch Art. 5 des Konkordates über die wohnörtliche Unterstützung vom 16. Dez. 1960 (AS 1961 3ff) ausgeschlossen: "Die unterstützungsbedürftigen Bürger der Konkordatskantone, sowie Drittkantone und andere Dritte können aus dem Konkordat keine Rechte ableiten".

16) AS 1976 711

17) BBL 1974 I 230, 1424

18) Vgl. Anm. 15; auch die nationalrätliche Kommission hat in ihrem Bericht die Möglichkeit subjektiver Berechtigung nirgends erwähnt.

19) So zu Recht J.P. Müller, Soziale Grundrechte, 899

20) Zudem kann, wie Rickenbach, 161 feststellt, durch klar abgegrenzte Rechtsansprüche das der öffentlichen Fürsorge auch heute noch anhaftende Odium, das durch eine früher harte Gesetzgebung und Praxis im Armenwesen bedingt war und oft zu einer Diskriminierung der Bezüger führte, abgebaut werden.

(21), so dass auch die nach der neueren Anerkennungspraxis erforderliche dritte Voraussetzung der "verbreiteten Verfassungswirklichkeit und des allgemeinen Konsenses" (22) als erfüllt betrachtet werden kann.

21) Vgl. BBL 1974 I 229ff; dem entspricht, so Rickenbach 161, eine weitherzige Praxis der Kantone.

22) BGE 104 Ia 93; vgl. dazu auch vorne § 7 IV A Anm. 14ff

XI. Schlussfolgerung

Die Ergebnisse sind nicht spektakulär. Die grundrechtsspezifische Analyse hat originäre Leistungsrechte nur in sehr beschränktem Umfang als realisierbar erwiesen.

Positiv-subjektive Rechte verleiht der seit alters her anerkannte Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege; sie scheinen uns auch im Bereich der Sprachenfreiheit und im Rahmen eines als ungeschriebenes Grundrecht anzuerkennenden Fürsorgeanspruches nicht ausgeschlossen.

Nicht gänzlich aus dem Blick verlieren sollte man wohl auch die - dogmatisch allerdings nicht überzeugende - Andeutung des Bundesgerichtes im Zusammenhang mit der mit dem *numerus clausus* kollidierenden Freiheit der Persönlichkeitsentfaltung (1). Für darüberhinausgehende Leistungsforderungen haben sich Konkretisierungs- und Kompetenzprobleme als schwer zu nehmende Hindernisse erwiesen.

Versucht man vor dem Hintergrund dieser Ergebnisse einen gemeinsamen Nenner der realisierbaren Leistungsrechte zu finden, mithin in allgemeiner Weise die Voraussetzungen zu bezeichnen, bei deren Vorliegen eine Ausweitung des grundrechtlichen Schutzgedankens auf positive Gewährleistungen möglich scheint, so hätte eine Aufzählung folgende Voraussetzungen, die kumulativ gegeben sein müssen, zu nennen:

1. Positiv ist erforderlich, dass der Staat in dem Bereich, in dem Leistungsforderungen angemeldet werden, beinahe ausschliesslich zuständig ist, mithin eine faktische Monopolstellung einnimmt.

Das trifft zu beim Justiz- und Hochschulmonopol; für die Sprachenfreiheit insofern, als sich Leistungsfragen nur in dem grundsätzlich staatlicher Zuständigkeit unterstehenden Bereich der Primar- und Mittelschulen stellen.

Wesentlich erscheint dabei der Gedanke, dass der Bürger zur realen Einlösung seiner grundrechtlichen Freiheit unabdingbar auf staatliches Tun angewiesen ist, mithin 'Selbsthilfe' schon von der Natur der Sache her ausgeschlossen ist.

1) Das Recht auf Information schien uns nur ganz bedingt ein grundrechtsrelevantes Leistungsproblem, sondern eher eine Frage der Aktualisierung von Staatszielbestimmungen zu sein.

2. Die tatsächliche Unmöglichkeit der Einlösung grundrechtlicher Gehalte, die staatlicherseits durch Leistung zu kompensieren wäre, muss entweder einen tragenden Grundsatz der Verfassung betreffen (Rechtsstaatsprinzip beim Anspruch auf unentgeltliche Rechtsprechung; beim Fürsorgeanspruch könnte der Grundsatz der Menschenwürde genannt werden) oder einen besonders schweren Verstoß gegen den Grundrechtsgehalt bedeuten. Wir erinnern uns an die persönliche Freiheit in ihrem Teilgehalt als Freiheit der Persönlichkeitsentfaltung, für die das Bundesgericht erst bei einem dauernden Ausschluss von allen Universitäten eine Verletzung überhaupt in Betracht zu ziehen bereit war. Auch bei den Entscheidungen, die die Sprachenfreiheit betreffen, schwingt das Moment der Schwere des Eingriffes in die grundrechtliche Idee mit.

3. In negativer Hinsicht ist zu berücksichtigen, dass eine Anerkennung positiv-subjektiver Rechte nicht gegen die spezifisch gewichtete Gewaltentartierung der Bundesverfassung verstossen darf. Der innovativen Rolle des Verfassungsgerichtes sind daher - wie dies auch in der Rechtsprechung des Bundesgerichtes mit aller Deutlichkeit zum Ausdruck kommt - sehr enge Grenzen gesetzt. Grundrechtliche Leistungsforderung gerät schnell wegen der ihr innewohnenden funktionellrechtlichen Problematik in einen unaufhebbaren systematischen Widerspruch zur demokratischen Ordnung. Eine leistungsintensive Auswertung der Grundrechte als Konstitutionsprinzipien ist daher nur in sehr bescheidenem Ausmass möglich. Der konstitutive Ansatz führt indessen zu Lösungen, die - wenn auch nicht leistungsbezogen - in der Sache selbst nicht weniger ertragreich sind (2).

2) Das hat sich bereits beim Recht auf Information gezeigt und wird hinten bei § 9 weiter zu verdeutlichen versucht.

§ 8 Akzessorische Leistung

I. Begriff und Mechanismus

Normative Grundlage akzessorischer Leistungsforderung ist das Gleichbehandlungsgebot des Art. 4 BV.

Werden Personen in bestehenden Leistungseinrichtungen von Vergünstigungen ausgeschlossen oder nicht hinreichend berücksichtigt, und ist die Unterscheidung gegenüber den Begünstigten sachlich nicht gerechtfertigt, so kann sich aus dem Gleichbehandlungsgebot ein Anspruch auf gleiche Teilhabe ergeben (1, 2).

Immerhin ist auch die - v.a. in der BRD betonte - Gefahr zu sehen, dass die Gleichheit nicht auf der Ebene der Begünstigung vollzogen wird, sondern dass die Angleichung nach unten erfolgt (3): Insbesondere der Gesetzgeber hat sehr oft die Wahl zwischen Abschaffung der Begünstigung überhaupt - wozu ihn knappe Mittel zwingen können - und ihrer Ausdehnung auf bisher Nicht-Privilegierte (4).

Wesentlichste Voraussetzung dieser Art Ansprüche sind bereits erbrachte Leistungen oder bestehende Leistungseinrichtungen (5).

- 1) Diese Ansprüche sind in Rechtsprechung (vgl. BGE 103 Ia 399 : "Aus Art. 4 BV ergibt sich die rechtsgleiche und willkürfreie Behandlung beim Zugang zu den staatlichen Leistungseinrichtungen") und Literatur vorbehaltlos anerkannt. Vgl. etwa G. Dax, Das Gleichbehandlungsgebot als Grundlage positiver subjektiv-öffentlicher Rechte, Bonn 1969; Martens, Grundrechte, 21ff; Klöpfer, 2; Friesenhahn, G 21; Kratzmann, 16; Abelein, 21; Friauf, 678; Hesse, Bestand und Bedeutung, 431 (mit Hinweisen auf die Rechtssprechung des Bundesverfassungsgerichtes); J.P. Müller, Soziale Grundrechte 867, 886f; Imboden/Rhinow II 1035ff; Fleiner, Verwaltungsrecht, 340; Schüler-Springorum, 72
- 2) Dieser Grundrechtsanspruch unterscheidet sich nicht wesentlich von der klassischen negatorischen Funktion der Freiheitsrechte: eigentlich handelt es sich um die geläufige 'Abwehr' einer Ungleichbehandlung; so zu Recht Hesse, a.a.O. 433; Kratzmann, 16; Abelein, 21f.
- 3) Abelein, 22; vgl. auch die entsprechenden Hinweise auf die Bundesgerichtspraxis bei Saladin, Fairness, 82 bei Anm. 165
- 4) Kratzmann, 16; Martens, a.a.O., 23f, mit Hinweisen auf die deutsche Rechtsprechung; zum Rechtsfolgeproblem nach festgestellter Ungleichbehandlung eingehend und differenzierend Dax, 99ff.
- 5) J.P. Müller, Soziale Grundrechte, 853; Friesenhahn, G 21; Klöpfer, 2

Nur an bereits Vorhandenes kann der Gleichheitssatz anknüpfen - deshalb auch die Bezeichnung akzessorische Leistungsrechte (6).

Der Gleichheitssatz selber vermag keine originären Ansprüche zu begründen, er ist nicht 'kreativ' (7), er zwingt die staatlichen Organe nur, etwas nachzuholen, was bisher versäumt wurde (8); mit anderen Worten: über Art. 4 BV kann wohl der Inhalt eines Erlasses oder einer Verfügung gerügt werden, nicht aber dessen Fehlen (9, 10).

Eine "Dynamisierung des Gleichheitssatzes" (11) in dem Sinne, dass er als Massstab sozialer Gerechtigkeit ökonomische Ungleichheit abbauen und Chancen der Entfaltung bieten soll (12), ist - hierin besteht Einigkeit (13) - in judiziellen Verfahren nicht

- 6) In der Literatur ist insoweit auch von 'derivativen Ansprüchen' die Rede; so bei Martens, Grundrechte 21; Hesse, Bestand und Bedeutung, 433.
- 7) Immerhin kann er mit seiner Garantie der gleichen Teilhabe an staatlichen Leistungen Anstösse zu einer gebotenen Ausweitung des Leistungssystems geben (vgl. J.P. Müller, Soziale Grundrechte, 853/4).
- 8) Kratzmann, 16
- 9) Abelein, 22, vgl. auch Friesenhahn G 21
- 10) Für einzelne Ansprüche kann es schwierig werden und auf den Blickwinkel ankommen, ob man sie als originäre oder akzessorische Ansprüche bezeichnen will. Das zeigt sich besonders deutlich beim Armenrechtsanspruch. Angesichts seiner Begründung: "in Art. 4 BV ... ist auch das gleiche Recht jedes Bürgers auf Gewährung des staatlichen Rechtsschutzes ... inbegriffen" (BGE 57 I 343) kann durchaus die These vertreten werden, es handle sich um ein akzessorisches Leistungsrecht, das (lediglich) die gleiche Teilnahme ökonomisch Benachteiligter am Justizverfahren sicherstellt (so J.P. Müller, Soziale Grundrechte, 888); Bezugspunkt ist hier die Teilnahme an der bestehenden Institution der Justiz. Sieht man hingegen - wie in dieser Arbeit - das wesentliche Merkmal des Rechtes auf unentgeltliche Rechtspflege im Ausgleich ökonomischer Benachteiligung, so rechtfertigt sich seine Einordnung bei den originären Leistungsrechten. Von diesem Blickwinkel aus erscheint dann essentiell, dass der Staat - originär - die Voraussetzungen schafft, die die Teilnahme erst ermöglichen
- 11) Herzog, Staatslehre, 394
- 12) Gygi, Wirtschaftsverfassung, 146
- 13) Kratzmann, 17ff; J.P. Müller, Soziale Grundrechte, 888f; Gygi, a.a.O., 146f; eingehend Podlech, Gleichheitssatz, 202

erreichbar (14). Art. 4 BV gibt dem Verfassungsrichter nicht die notwendigen Massstäbe stringenter juristischer Argumentation für die Verwirklichung sozialer Gleichheit; hier hat der Gesetzgeber die "Wert- und Prioritätensetzung" vorzunehmen (15).

Im Bereich akzessorischer Leistung kommt letztlich alles auf die sachlichen Kriterien an, mit denen von den staatlichen Organen die Unterscheidungen auf der Empfängerseite legitimiert werden; sie sind jeweils an den von der Rechtsordnung auf verschiedenen Stufen positivierten Gleichbehandlungsgeboten resp. Differenzierungsverboten zu messen.

14) Vgl. aber immerhin gleich folgend II C 2c Anm. 52

15) J.P. Müller, a.a.O., 889; Gygi, a.a.O., 147

II. Die normativen Grundlagen akzessorischer Leistung

A. Gleichbehandlungsgebot und Willkürverbot

Ausgangspunkt des beschriebenen Mechanismus ist das Gleichbehandlungsgebot des Gleichheitssatzes.

Es verlangt in seiner allgemeinsten Umschreibung, dass Gleiches nach Massgabe seiner Gleichheit gleich, Ungleiches nach Massgabe seiner Ungleichheit ungleich zu behandeln ist (1). So formuliert handelt es sich freilich um eine Tautologie (2) und nicht um ein präzises materiales Kriterium. Praktisch relevant wird denn auch vielmehr die Frage nach den Massstäben, nach denen sich entscheiden lässt, wann Gleiches gleich und Ungleiches ungleich zu behandeln ist.

Ein Urteil über die Gleichheit bzw. Ungleichheit zweier Tatbestände ist nur möglich, wenn sie miteinander verglichen werden. Ein solcher Vergleich kann sich nicht auf alle Merkmale erstrecken, sondern wird nur einige Einzelmerkmale zueinander in Relation setzen können (3). Wesentlich wird damit die Frage, welches die Gesichtspunkte sind, "die nach dem Grundsatz der Gleichheit vor dem Gesetz bei der Beurteilung der Gleichheit der Tatbestände massgebend sein sollen" (4).

Welches Merkmal im konkreten Fall das wesentliche ist, lässt sich - so zu Recht K. Hesse (5) - objektiv nicht festlegen, letztlich wird immer die subjektive Beurteilung des Urteilenden eine grosse Rolle spielen (6).

Dennoch fehlen nicht Gesichtspunkte, die ein Urteil über die Massgeblichkeit bzw. Unmassgeblichkeit eines Tatbestandsmerkmals bei der Bildung des Gleichheitsurteiles erlauben.

Die Verfassungspraxis hat Formeln entwickelt, die zwar keine präzisen materialen Kriterien enthalten, aber doch aus der Vielzahl

1) Vgl. statt vieler BGE 94 I 654

2) Imboden/Rhinow I 428

3) Dazu eingehend Hesse, Gleichheitsgrundsatz, 172

4) Dax, 76

5) Hesse, a.a.O., 174; Dax 84

6) Hesse, a.a.O.

möglicher Wertungsgesichtspunkte diejenigen herausheben, die eine überprüfbare Rechtsanwendung erlauben. Zunächst ist davon auszugehen, dass Art. 4 BV keine "absolute Rechtsgleichheit" gewährleistet (7). Ein Hoheitsakt verletzt Art. 4 BV dann, "wenn er zwischen mehreren zu regelnden tatsächlichen Verhältnissen rechtliche Unterscheidungen trifft, die sich nicht auf ernsthafte sachliche Gründe stützen lassen und für die ein vernünftiger Grund nicht ersichtlich ist, oder wenn er tatsächliche Verhältnisse gleich behandelt, die voneinander wesentlich abweichen und einer unterschiedlichen Behandlung bedürfen (BGE 89 I 35 mit Verweisungen). Die vertretbare rechtliche Differenzierung hat danach an einen erheblichen tatsächlichen Unterschied zu knüpfen. Ob ein Unterschied erheblich ist, beurteilt sich im Einklang mit den beherrschenden Prinzipien der Rechtsordnung und je im Hinblick auf die konkrete zu bewältigende Situation. Diese kann gebieten, Einfachheitshalber nach einem abstrakten, technischen Kriterium - beispielsweise nach dem Ort oder nach der Zeit - zu differenzieren, das den Unterschieden in der Merzhzahl der Fälle entspricht, aber Grenzfällen nicht gerecht zu werden vermag. Eine willkürliche Differenzierung braucht deswegen noch nicht vorzuliegen. Dort wo sich die Vereinfachung in Anbetracht der zahllosen unterschiedlichen Gegebenheiten aufdrängt und die unterschiedliche Behandlung nicht zu unbilligen Resultaten führt, lässt sich jedenfalls nicht von einer unzulässigen Rechtsungleichheit sprechen" (8).

Zu beachten ist - wie auch aus dem Zitat hervorgeht - dass das Rechtsgleichheitsgebot zwar eng mit dem Willkürverbot (9) zusammenhängt, aber nicht in ihm aufgeht (10). Eine verfassungswidrige Ungleichbehandlung kann auch da vorliegen, wo nicht will-

7) BGE 100 Ia 328

8) BGE 100 Ia 328/9

9) Vgl. zur Unmöglichkeit, den Willkürbegriff näher zu entwickeln J.P. Müller, Grundrechte, 72 m.w.H.

10) Imboden/Rhinow I 452; vgl. auch BGE 103 Ia 258; 93 I 3, 90 I 8, 139 und Weber-Dürler, Die Rechtsgleichheit in ihrer Bedeutung für die Rechtssetzung, Bern 1973, 167ff.

kürlich diskriminiert wurde (11).

Beim Willkürbegriff sind 2 Funktionen zu unterscheiden:

- als Grundrecht verbietet er 'grobes Unrecht'; in dieser Funktion kann er wie jedes andere Grundrecht geprüft werden.
- der Willkürbegriff enthält dann aber auch ganz bestimmte Aussagen über die Kognitionsbefugnis des Bundesgerichtes vor allem (12) im Bereich des Rechtsgleichheitsgebotes (13). Die Willkürkognition erlaubt nur eine beschränkte Ueberprüfung (14): Willkür ist qualifizierte Unrichtigkeit (15) und liegt vor, wenn eine Entscheidung "eine Norm oder einen klaren und unumstrittenen Rechtsgrundsatz offensichtlich schwer verletzen würde, sich mit sachlichen Gründen schlechthin nicht vertreten liesse oder in stossender Weise dem Gerechtigkeitsgedanken zuwiderliefe" (16).

Bedeutsam ist, dass sich blosser Unrichtigkeit umso rascher der Willkür nähert, je schutzwürdiger das in Frage stehende Rechtsgut ist (17).

B. Die Differenzierungsverbote der Verfassung

Das Gleichbehandlungsgebot erschöpft sich jedoch nicht im Willkürverbot in der beschriebenen Form. Zusätzlich sind die von der Verfassung selbst ausdrücklich normierten Differenzierungs-

11) J.P. Müller, Soziale Grundrechte, 867 Anm. 563

12) Zu den weiteren Fällen, in denen sich das Bundesgericht auf eine Willkürkognition beschränkt, Marti, Staatsrechtliche Beschwerde, 156.

13) Zu den Fällen freier Kognition im Bereich des Rechtsgleichheitsgebotes Marti, a.a.O., 157

14) Der Grund ist darin zu sehen, dass bei freier Kognition im Bereich von Art. 4 BV ein Rechtsmittel gegen alle kant. Hoheitsakte gegeben würde, was dem Zweck der Verfassungsgerichtsbarkeit widersprechen würde. Vgl. BGE 93 I 6 und Weber-Dürler, 169 (zit. Anm. 10); Gueng, 455 Anm. 32

15) Marti, Staatsrechtliche Beschwerde, 155

16) BGE 97 I 24

17) Marti, a.a.O., 155 mit Bezug auf BGE 90 I 139

verbote beizuziehen (18).

- Hier sind zunächst die absoluten Differenzierungsverbote von Art. 4 BV zu nennen: Unterscheidungen nach Herkunftsort (19), Geburt, Familie oder Personen sind untersagt (20); bedeutsam sind die auf heutige Verhältnisse hin formulierten Differenzierungsverbote von Art. 14 EMRK (21). Neuerdings hat das Bundesgericht für öffentlich-rechtliche Arbeitsverhältnisse Differenzierungen nach dem Geschlecht in Entlohnungsfragen als gegen Art. 4 BV verstossend bezeichnet (22).

- Art. 43 Abs. 4 BV und Art. 60 BV verbieten eine Ungleichbehandlung der niedergelassenen Nichtkantonsbürger und der niedergelassenen Kantonsbürger (23).

- Ein weitgehendes Differenzierungsverbot statuieren Art. 4 BV und das Demokratieprinzip im Bereich der politischen Rechte (24).

- Darüber hinaus können andere Grundentscheidungen der Verfassung wichtig werden (25).

18) Dax, 86

19) Aus dem Wort Schweizer in Art. 4 BV kann nicht geschlossen werden, dass sich die Rechtsgleichheitsgarantie nicht auch auf Ausländer erstreckt (BGE 93 I 3).

20) Art. 4 BV Satz 2, vgl. auch Art. 9 VE; rechtsvergleichend Dax, 36 zu Art. 3 GG

21) Art. 14 EMRK verbietet Unterscheidungen nach Geschlecht, Rasse, Hautfarbe, Sprache, Religion, politischen oder sonstigen Anschauungen, nationaler oder sozialer Herkunft, Zugehörigkeit zu einer nationalen Minderheit, nach Vermögen, Geburt oder dem sonstigen Status.

Allerdings ist Art. 14 EMRK akzessorisch, er enthält keinen allgemeinen und selbständigen Gleichheitssatz, sondern setzt die Verletzung eines anderen Rechtes der Konvention oder ihrer Zusatzprotokolle voraus. Eine Verletzung anderer dort nicht genannter Rechte kann nicht mit Hilfe von Art. 14 EMRK gerügt werden (H. Guradze, Die Europäische Menschenrechtskonvention, Berlin und Frankfurt/M 1968, 188)

22) BGE 103 Ia 517ff (=EuGRZ 6 (1979) 172ff)

23) Vgl. dazu BGE 99 Ia 630ff; 95 I 499; hingegen ist es nicht grundsätzlich verboten, ausserhalb des Kantons Wohnhafte und im Kanton Niedergelassene ungleich zu behandeln. Vgl. zu den Einzelheiten Imboden/Rhinow I 437f.

24) Fleiner / Giacometti, 404; Art. 74 BV. Vgl. aber Art. 66 BV. Zur Aufhebung des Art. 52 StGB Hauser/Rehberg, Schweizerisches Strafgesetzbuch, 10.A Zürich 1978, 64f.

25) Vgl. etwa das Beispiel bei Dax, 39

C. Bedeutung

1. Für die Rechtsetzung

Die Rechtsetzung muss sich zunächst an diesen positiv normierten Verfassungsgrundsätzen messen lassen (26), daneben hat sich die Legislative an das in seiner bundesgerichtlichen Umschreibung bereits vorgestellte allgemeine Willkürverbot zu halten. Zu beachten ist, dass das Bundesgericht dem Gesetzgeber einen weiten Ermessensspielraum zubilligt (27, 28).

Das Willkürverbot verlangt hier vor allem eine sachgemässe Abgrenzung des Kreises der Begünstigten. W. Martens hebt in dem Zusammenhang allerdings hervor, dass im Bereiche staatlicher Leistungsgewähr "zureichende Gründe für eine Differenzierung in erheblich weiterem Umfange zu Gebote (stehen), als das bei hoheitlichen Eingriffen der Fall ist" (29).

2. Für die Rechtsanwendung (30)

Für die Rechtsanwendung gilt folgendes: Soweit die Verwaltung - wie es der Grundsatz verlangt - von Rechtsätzen bestimmt wird, kommt dem Gleichheitsgebot theoretisch keine selbständige Bedeutung mehr zu: Die Allgemeinheit der generell-abstrakten Normen, wie auch die Tatsache, dass die Rechtsätze ihrerseits bereits den Erfordernissen von Art. 4 BV genügen müssen, verbürgt eine Gleichbehandlung der Betroffenen (31).

- 26) Für jeden Erlass gelten daneben natürlich die Grundentscheidungen, die auf nächsthöherer generell-abstrakter Stufe bereits getroffen worden sind. So muss sich etwa die kantonale Ausführungsgesetzgebung zu einem BG an die dort getroffenen Differenzierungen halten.
- 27) BGE 98 I a 416, 97 I 801. In BGE 101 Ia 236 bezeichnet das Gericht eine Initiative wegen sachlich nicht haltbarer Unterscheidungen als gegen Art. 4 BV verstossend.
- 28) Die Beurteilung der Begründetheit einer Unterscheidung erfolgt nicht mehr zum Zeitpunkt des Erlasses (so die frühere Praxis); ein Erlass ist auch verfassungswidrig, wenn er infolge einer späteren Entwicklung Rechtsungleichheiten zur Folge hat (BGE 88 I 283).
- 29) Martens, Grundrechte, 22, mit Hinweisen auf Rechtsprechung und Literatur; vgl. auch Friauf, 678
- 30) Darunter wird im folgenden die Anwendung von Recht durch Justiz und vor allem Verwaltung verstanden.
- 31) Dax, 87; Imboden/Rhinow I 431

Selbständige Bedeutung kommt dem Gleichbehandlungsgebot im Bereich der Rechtsanwendung nur noch zu, wo die rechtsanwendenden Organe auf ihr Ermessen verwiesen sind. Die im Rahmen eines freien oder gesetzlichen Ermessens selbst gesetzten Wertungen der Verwaltung nehmen allerdings praktisch den grössten Raum ein. An die dabei von der Exekutive selbst gesetzten Differenzierungsschemata werden – worauf G. Dax hingewiesen hat (32) – unter Gleichheitsgesichtspunkten aus zweierlei Richtung Anforderungen gestellt.

a) Bindung an das Gleichheitsgebot

Zunächst geben die erwähnten grund- und einfachgesetzlichen Wertentscheidungen gemeinsam mit dem allgemeinen Willkürverbot die Anhaltspunkte, die das von der Verwaltung gesetzte Differenzierungsschema auf seine Verträglichkeit mit dem Gleichheitsgebot zu untersuchen erlauben.

b) Selbstbindung der Verwaltung

Soweit die Verwaltung ein gleichheitsgemässes Differenzierungsschema gesetzt hat, stellt sich – die scharf zu unterscheidende – Frage, ob sich die Verwaltung an das von ihr gesetzte Differenzierungsschema hält. Hier wird die sogenannte Selbstbindung der Verwaltung (33) aktuell, die als Gebot zunächst dahin umschrieben werden kann, "gleiches Recht für alle gelten zu lassen, die den ausgewählten Differenzierungen entsprechen" (34).

c) Exkurs: Der Entscheid *Vigilance*, BGE 97 I 731

Ein Entscheid aus der bundesgerichtlichen Praxis, der Fall *Vigilance*, soll diese Unterscheidung verdeutlichen. Die Schweizerische Radio und Fernsehgesellschaft (SRG) hatte im Hinblick auf die Wahlen in die Bundesversammlung festgelegt, dass einer Partei nur Sendezeit eingeräumt wird, wenn sie entweder bereits in den

32) Dax, 89ff

33) Zur Selbstbindung des Gesetzgebers vgl. J.P. Müller, Soziale Grundrechte, 892 und Imboden/Rhinow I 366ff.

34) Dax, 87

eidgenössischen Räten Fraktionsstärke erlangt hat oder aber je Sprachgebiet mindestens in 2 Kantonen Listen einreicht. Dagegen erhob die 'Vigilance', die nur in einem Kanton aktiv war und auch keine Fraktion bilden konnte und somit von den Sendungen ausgeschlossen war, beim Bundesgericht Beschwerde.

Bei dieser Konstellation kann zweierlei wichtig werden:

aa) Zunächst kann die Frage gestellt werden, ob das von der SRG gesetzte Differenzierungsschema gegen grund- und einfachgesetzlich normierte Massstäbe und das Willkürverbot verstösst. Das Bundesgericht hat dies - immerhin nicht ohne Vorbehalte - verneint (35). Das ist nicht unproblematisch: Die in den SRG-Richtlinien vorgenommene Unterscheidung ist nur schwer mit dem Gleichheitsgebot vereinbar, das im demokratischen Staat im Bereich der politischen Rechte strikt zu beachten ist (36).

Dogmatisch ist bemerkenswert, dass hier der Ort ist, wo der Gleichheitssatz in seinem Chancengleichheitsfordernden Teilgehalt relevant wird. Soweit Differenzierungsschemata der Leistungsverwaltung auf ihre verfassungsrechtliche Zulässigkeit hin zu untersuchen sind, kann sich ergeben, dass besondere Konkretisierungen des Gleichheitsgebotes (beispw. Gleichbehandlung politischer Gruppierungen, der Geschlechter) vorgenommene Unterscheidungen verpönnen und einen Ausbau leistungsgewährender staatlicher Tätigkeit erfordern.

bb) Ist die Zulässigkeit des Unterscheidungsrasters ausser Diskussion, so stellt sich die Frage nach der Bindung der Verwaltung an das einmal gesetzte Schema. Bezogen auf den Fall Vigilance können sich in dem Zusammenhang zwei Konstellationen ergeben:

- Einer Partei wird, obwohl sie die Voraussetzungen der Direktiven erfüllt, keine Sendezeit zugestanden: Die SRG verletzt damit das Bindungsgebot, die Partei kann verlangen, entsprechend dem gewählten Differenzierungsschema behandelt zu werden.

Festzuhalten ist, dass für die Behörde im Einzelfall Tatbestandskriterien, an die das Differenzierungsschema nicht anknüpft, irrelevant sind: auch noch so viele andere 'sachliche Gründe' ver-

35) BGE 97 I 734f

36) Vgl. auch die Kritik von Morand, radio et télévision, 195

mögen nicht, wenn sie nicht vom Unterscheidungsraster erfasst sind, ein Abweichen vom einmal gewählten Schema zu rechtfertigen (37). Um dies an unserem Beispiel zu verdeutlichen: Die SRG darf nur auf die in den Richtlinien formulierten Voraussetzungen abstellen. Fragen etwa der Sendekapazität oder der vertretenen politischen Ansichten vermögen eine Ungleichbehandlung nicht zu rechtfertigen.

- Denkbar ist auch, dass einer Partei Sendezeit eingeräumt wird, obwohl sie die von den Richtlinien geforderten Voraussetzungen nicht erfüllt. Grundsätzlich eröffnet sich damit jeder anderen politischen Gruppierung die Möglichkeit, gestützt auf Art. 4 BV ebenfalls eine vom Differenzierungsschema abweichende Behandlung zu verlangen (38).

Hier fällt folgendes auf: Die rechtliche Gleichheitsprüfung verlagert sich unter dem Aspekt der Selbstbindung der Verwaltung von einem wertenden Vergleich bestimmter Tatbestandsmerkmale (so bei der Prüfung der Zulässigkeit des Differenzierungsschemas) auf die Bewertung des Verhaltens der Exekutive (39).

Die Selbstbindung der Verwaltung enthält - so kann jetzt mit G. Dax formuliert werden - das Gebot, "wonach jeder Einzelfall gleich zu behandeln ist, der diejenigen Merkmale aufweist, welche die Exekutive sich als Anlass zu bestimmten Massnahmen zur Regel gemacht hat" (40).

d) Vorbehalt der Praxisänderung

Das bedeutet nicht, dass die Verwaltung von einem einmal gewählten Differenzierungsschema nicht mehr abweichen kann. Verlangt ist aber, dass die neu gesetzten Merkmale nicht nur für den vorliegenden Einzelfall, sondern wiederum grundsätzlich, generell-abstrakt für das zukünftige Verwaltungshandeln gelten müssen (41).

37) Dax, 95, 98, zum hier anzubringenden Vorbehalt der Praxisänderung vgl. gleichfolgend lit. d.

38) Dieser Anspruch gilt aber nicht unbeschränkt, sondern nur wenn die Verwaltung nicht gewillt ist, die rechtsungleiche Praxis aufzugeben, dazu hinten III B.

39) Dax, 90

40) Ders. 90

41) Ders. 95 m.w.H.; Imboden/Rhinow I 443

Ein Abweichen von bisherigen Schemata kann - beispielsweise als Antwort auf veränderte Verhältnisse (42) - wünschbar sein; es bemisst sich nach den Regeln, die allgemein für die Praxisänderung gelten (43).

Eine Praxisänderung verstösst grundsätzlich nicht gegen die Rechtsgleichheit (44), sie muss sich aber auf "sachliche, ernst-hafte Gründe" stützen (45); bei eingelebter Praxis kann der Grundsatz der Rechtssicherheit tangiert sein: "Gegenüber dem Postulat der Rechtssicherheit lässt sich eine Praxisänderung grundsätzlich nur begründen, wenn die neue Lösung besserer Erkenntnis der ratio legis, veränderten äusseren Verhältnissen oder gewandelten Rechtsanschauungen entspricht" (46); eine Praxisänderung muss - ausgenommen wenn es um die Zulässigkeit und Fristen bei Rechtsmitteln geht - nicht vorangekündigt werden (47).

-
- 42) Zu ändern hier zu nennenden Gründen Forsthoff, Verwaltungsrecht, 245f
 - 43) Natürlich muss auch das neue Differenzierungsschema mit den Wertungen auf Verfassungs- und Gesetzesstufe sowie mit dem Willkürverbot in Einklang stehen.
 - 44) BGE 94 I 16
 - 45) Imboden/Rhinow I 443
 - 46) BGE 100 I b 71
 - 47) BGE 101 Ia 371f; vgl. ausführlich zur Praxisänderung Imboden/Rhinow I 442f, und auch 479: Verletzung von Treu und Glauben durch eine Praxisänderung.

III. Die einzelnen Fälle

Augehend von diesen allgemeinen Erörterungen können unter dem Stichwort 'akzessorische Leistung' 4 verschiedene Konstellationen unterschieden werden.

Typische Fälle akzessorischer Leistung sind:

- Der Anspruch auf rechtsgleiche, gesetzesmäßige Begünstigung (A)
- Der Anspruch auf rechtsgleiche, aber gesetzeswidrige Begünstigung (B)

Nicht eigentlich Fälle akzessorischer Leistungsforderung im beschriebenen Sinne, aber, da auf Art. 4 BV basierend, dennoch hier zu behandeln sind:

- Fälle rechtsungleicher Begünstigung Dritter, wobei es hier nicht um den Anschluss an die Privilegierung, sondern um deren Rückgängigmachung geht (C).
- Begründung von Leistungsansprüchen durch behördliche Zusicherung. Art. 4 BV wird als Schutz von Treu und Glauben relevant (D).

A) Anspruch auf rechtsgleiche, gesetzesmäßige Begünstigung

Dies stellt den typischen Fall akzessorischer Leistungsforderung dar, er bietet keine besonderen Probleme.

1. Anspruch auf rechtsgleiche Zulassung zu öffentlichen Anstalten und zum gesteigerten Gemeingebrauch (1).

Bei der Umschreibung der Zulassungsbedingungen (2) ist das Gemeinwesen als Trägerin einer Anstalt immer an das Gleichheitsgebot gebunden (3), sachlich nicht vertretbare Einschränkungen und Unterscheidungen dürfen - bei Gefahr einer Erzwingung der Zulassung gestützt auf Art. 4 BV - nicht getroffen werden (4).

- 1) Hier besteht eine weitgehende Parallelität der Problemlagen (vgl. BGE 100 Ia 293), deshalb rechtfertigt sich eine gemeinsame Behandlung. Zum Problem originärer Zulassung hinten § 9.
- 2) Anstaltsbenützung setzt immer eine Zulassung voraus, BGE 100 Ia 291
- 3) Problematisch m.E. die Umschreibung in BGE 92 I 379
- 4) Das Bundesgericht hat dies wiederholt festgestellt, vgl. etwa BGE 103 Ia 399 (m.w.H.) betr. allgemeine rechtsgleiche Zulassung zu staatlichen Leistungseinrichtungen (insbes. Universitäten); BGE 92 I 510, Anschluss an das Kanalisationsnetz der Gemeinde; BGE 100 Ia 287, Benützung des gemeindeeigenen Hallenbades.

Eine Begrenzung des Benützerkreises (5) kann sich aus der Art der Anstalt (6), ihrer begrenzten Kapazität (7) oder aus der gewünschten Benützungsform (8) ergeben; in diesen sachlich gerechtfertigten Fällen besteht die Möglichkeit akzessorischer Leistungsangleichung nicht.

Gleiches gilt für die Zulassung - resp. Erteilung einer Bewilligung - zum gesteigerten Gemeingebrauch (9). Bei Demonstrationen ist es untersagt, die Bewilligung "im einen Fall zu erteilen, im andern zu verweigern, ohne dass stichhaltige Gründe (10) eine

- 5) Bei kommunalen Anstalten sind Unterscheidungen zwischen Ortsansässigen und Ortsfremden zulässig: BGE 100 Ia 293; ebenso ist auch beim gesteigerten Gemeingebrauch gestützt auf die HGF (Taxistandplätze) die Domizilklausel zulässig: BGE 99 Ia 398ff. Unzulässig wären Unterscheidungen zwischen niedergelassenen Schweizerbürgern anderer Kantone und Kantonsbürgern (BGE 99 Ia 632/3 m.w.H.), wie auch die Bevorzugung von vorhandenen Benützern gegenüber neuen Interessenten: BGE 92 I 149 bez. PTT und Imboden/Rhinow II 1042.
- 6) So werden sich beispw. bei Bibliotheken oder Museen aus der Art der Anstalt kaum Unterscheidungen ergeben, hingegen kann bei der Zulassung zu höheren Schulen auf die Eignung abgestellt werden.
- 7) Unterscheidungen, die auf Kapazitätsprobleme von Anstalten zurückzuführen sind, verletzen Art. 4 BV grundsätzlich nicht. Vgl. für höhere Schulen BGE 103 Ia 73, 88, 399; in BGE 103 Ia 400 werden für Lehrerseminare sogar Unterscheidungen, die ihren Grund in einem drohenden Lehrerüberschuss haben (also eine eigentliche Bedarfslenkung), als zulässige Differenzierung geschützt. Vgl. auch BGE 92 I 511 (Kanalisationsanschluss): "Da die Anstalt in der Regel ihren Dienst auf die Dauer zu versehen hat, können bei der Bestimmung der Grenzen ihrer Leistungsfähigkeit neben den gegenwärtigen auch die künftigen Verhältnisse berücksichtigt werden, soweit diese sich mit einiger Sicherheit voraussagen lassen". Vgl. auch BGE 92 I 148 (Kapazitätsprobleme der PTT).
- 8) Vor allem, wenn sie durch den Zweck der Anstalt nicht mehr gedeckt ist: BGE 98 Ia 362ff (insbes. 366/7).
- 9) Vgl. zur Bewilligungspflicht für Demonstrationen: BGE 96 I 228ff; für die HGF: BGE 97 I 655; zum Problem originärer Zulassung zum gesteigerten Gemeingebrauch hinten § 9 II
- 10) Zu den hier zulässigen Gründen äussern sich BGE 100 Ia 402/3 und Bosshart, 138ff

unterschiedliche Behandlung rechtfertigen" (11); nicht anders ist die Situation bei der Benützung öffentlichen Grund und Bodens zu gewerblichen Zwecken (12).

2. Auswahl weiterer Fälle

a) Das BGer hat in BGE 104 Ia 97 festgestellt, dass die Behörden, soweit sie über ihre Tätigkeit informieren und Auskunft erteilen, an das Rechtsgleichheitsgebot und an das Willkürverbot gebunden sind. Gestützt darauf konnte noch im gleichen Jahr die 'Telefonziitig' verlangen, wie die gedruckte Presse und Radio und Fernsehen von den Zürcher Behörden mit Informationen beliefert zu werden (13).

Das Bundesgericht hielt dafür, dass das behördliche Differenzierungsschema für die Belieferung mit Presseunterlagen nur darauf abstellen dürfe, ob die Medien "geeignet sind, regelmässig (die) von den Behörden vermittelte Informationen an die Öffentlichkeit zu tragen" (14). Das war bei der 'Telefonziitig' der Fall und insofern war ihr Ausschluss von Informationen gleichheitswidrig. Bedeutsam ist die Erweiterung der bundesgerichtlichen Kognition: "Ob diese Unterscheidung (gemeint ist Telefonziitig - Presse, Radio und Fernsehen) vor der Rechtsgleichheit im Sinne von Art. 4 BV standhält, überprüft das Bundesgericht ohne Einschränkung der Kognition, weil die betreffende Unterscheidung unmittelbar einen verfassungsmässigen Anspruch des Bürgers berührt" (15).

-
- 11) BGE 100 Ia 402, insbesondere darf das von den Demonstranten vertretene Anliegen keine Rolle spielen (Vgl. auch BGE 91 I 326). Eine rechtungleiche Behandlung kann sich auch durch die Praxis der Behörden ergeben, jeweils ein generelles Versammlungsverbot zu erlassen, sobald zu einer bereits angemeldeten Demonstration eine Gegendemonstration angekündigt wird: BGE 103 Ia 318
 - 12) BGE 99 Ia 399; bei der Zuteilung von Taxistandplätzen darf nach dem Domizil der Bewerber unterschieden werden; auch das Erfordernis, dass ein 24-stündiger Fahrdienst gewährleistet sein muss, ist sachlich gerechtfertigt (a.a.O., 398ff).
 - 13) BGE 104 Ia 377 (=EuGRZ 6 (1979) 94)
 - 14) A.a.O., 379
 - 15) A.a.O., 379; nicht ganz klar ist allerdings, was das Bundesgericht mit dem "verfassungsmässigen Anspruch des Bürgers" genau meint: den Anspruch auf Information durch die Behörden kann es nicht meinen, da ein solcher nach seiner Rechtsprechung nicht besteht. Möglich wäre, dass es den Anspruch des Bürgers, sich aus allgemein zugänglichen Quellen zu unterrichten (BGE 104 Ia 94) - wozu auch die Presse gehört (Hesse, Grundzüge, 161) - meint. Allerdings steht ja nicht dieser Anspruch in Frage, sondern der Anspruch der 'Telefonziitig' auf Information.

b) In BGE 103 Ia 517 (16) hat sich eine Lehrerin über das Gleichheitsgebot den gleichen Lohn wie ihre männlichen Kollegen erkämpft.

c) Ledige Mütter haben wie verheiratete Anspruch auf beamtenrechtliche Sozialleistungen (Lohnzahlungen während der Niederkunft). Der Zivilstand ist kein zulässiges Unterscheidungskriterium (17).

d) Interessant ist die Konstellation im Fall Züst (18). Eine Gemeindeordnung sah vor, die amtlichen Mitteilungen in zwei je verschiedenen Parteien nahestehenden Zeitungen zu veröffentlichen. Auf Anweisung des Regierungsrates wurde die Ordnung dahingehend erweitert, dass amtliche Publikationen auch durch öffentlichen Anschlag zur Kenntnis zu bringen waren.

Der Beschwerdeführer erhob zunächst - erfolglos - die Rüge, er werde gezwungen, ihm politisch nicht zusagende Zeitungen zu abonnieren, was seine negative Meinungsäusserungs- und Vereinsfreiheit verletze (19); im weiteren rügte er eine Ungleichbehandlung, da er im Gegensatz zu den Abonnenten gezwungen werde, sich ans Anschlagbrett zu begeben. Auch diese Schlechterstellung fand das Bundesgericht sachlich begründet (20).

Interessant ist die Perspektive, die sich für den hypothetischen Fall einer unzulässigen Schlechterstellung ergibt: Hätte dann die Gemeinde - verpflichtet durch Art. 4 BV - ein gemeinde-

15) Fortsetzung: Denkbar ist schliesslich, dass das Gericht den verfassungsmässigen Anspruch auf Gleichbehandlung meint und im vorliegenden Fall so stark tangiert sieht, dass es zugunsten freier Kognition die Willkürbeschränkung aufgibt.

16) Uebersetzt in EuGRZ 6 (1979) 173ff

17) MBV 66 (1968) 24 ff

18) BGE 98 Ia 409ff

19) A.a.O., 412-416

20) A.a.O., 417f, wobei sich immerhin Probleme ergeben könnten für den Fall, dass jemand die Zeitungen nicht abonnieren will und sich z.B. wegen Invalidität nicht zum Anschlagbrett begeben kann. Der Beschwerdeführer konnte mangels Legitimation einen solchen Einwand nicht erheben (a.a.O., 413).

eigenes Mitteilungsblatt einführen müssen (21) ? Damit gerät die Möglichkeit originärer Leistungsforderung ins Blickfeld (22).

e) Zum rechtsgleichen Zugang zu Radio und Fernsehen siehe vorne II C 2 c.

f) Auch bei der Vergebung öffentlicher Arbeiten ist das Gebot rechtsgleicher Behandlung der Gewerbetenossen zu beachten (23).

g) Die Zulassung zu einem vom Kanton organisierten Bergführerkurs, der für Kantonseinwohner Voraussetzung zur Erlangung des kantonalen Bergführerpatentes ist, aber auch ausserkantonalen Interessenten offensteht, muss "nach verfassungsrechtlich haltbaren Kriterien" erfolgen. Unhaltbar ist, einem Bewerber, der Dienstverweigerer ist, die Zulassung zu verweigern (24).

B. Anspruch auf rechtsgleiche, aber gesetzeswidrige Begünstigung

Der Tatbestand ist prinzipiell derselbe wie beim eben untersuchten Normalfall akzessorischer Leistung, er unterscheidet sich indessen darin, dass die Begünstigung, an die der Fordernde anknüpft, in gesetzeswidriger Weise gewährt worden ist (25).

In der Regel geht der Grundsatz der Gesetzmässigkeit der Verwaltung der Rücksicht auf gleichmässige Behandlung vor: Das Bundesgericht hat wiederholt ausgeführt, dass "der Umstand, dass das Gesetz in anderen Fällen nicht oder nicht richtig angewendet worden ist, dem Bürger grundsätzlich keinen Anspruch gibt, ebenfalls abweichend vom Gesetz behandelt zu werden" (26).

Das gilt indessen nur, wenn bloss in einem einzigen oder in ei-

21) Die auch vorstellbare Angleichung nach unten (also nur noch öffentlicher Anschlag), wäre wegen denjenigen, denen der Gang dorthin nicht möglich ist, nicht unproblematisch.

22) Letztlich ist der Gedanke natürlich nur auf der Basis des - im Bereich amtlicher Publikationen besonders intensiven - Publizitätsgebotes durchspielbar.

23) BGE 102 Ia 547f, dazu J.P. Müller, ZBJV 115 (1979) 122; vgl. auch BGE 103 Ia 65ff, bez. Gleichbehandlung von HTL-Ingenieuren und Architekten mit ETH-Ingenieuren und Architekten.

24) BGE 103 Ia 544ff

25) Vgl. dazu den Aufsatz von A.Auer, L'égalité dans l'illégalité, ZBL 79 (1978) 281ff.

26) BGE 103 Ia 244; 99 Ib 383; 98 Ia 161f, 658; 90 I 159 m.w.H.

nigen wenigen Fällen eine abweichende Behandlung nachgewiesen wird (27). "Wenn dagegen die Behörden die Aufgabe der in anderen Fällen geübten, gesetzeswidrigen Praxis ablehnen (28), kann der Bürger verlangen, dass die gesetzeswidrige Begünstigung, die dem Dritten zuteil wird, auch ihm gewährt werde (29)".

Damit ist der Anspruch an 5 Voraussetzungen geknüpft: Gesetzeswidrige Praxis, rechtsungleiche Behandlung, mehrmalige Gesetzesverletzung, Weigerung der Behörde, die gesetzeswidrige Praxis aufzugeben und Fehlen eines überwiegenden öffentlichen Interesses, das sich einer erneuten Rechtsverletzung entgegenstellt (30).

Der Anspruch ist bis anhin in der bundesgerichtlichen Praxis vor allem bei Massnahmen der Eingriffsverwaltung wichtig geworden (31), er ist von seiner Struktur her aber auch auf Akte der Leistungsverwaltung anwendbar.

-
- 27) Imboden/Rhinow I 441 weist darauf hin, dass nicht nur quantitativ argumentiert werden darf. Wenn Anlass des Schwankens ein "grundsatzloser Opportunismus" ist, so kann eventuell ein einziges, gewichtiges Beispiel den Anspruch begründen.
- 28) Die Behörde muss das ausdrücklich zu verstehen geben; schweigt sie, so wird angenommen, sie werde ihre Praxis nach dem richterlichen Urteil ändern, BGE 99 I b 384, 90 I 168f.
- 29) BGE 103 Ia 245; auch wenn diese Voraussetzungen erfüllt sind, können allerdings überwiegende öffentliche Interessen dem Anspruch entgegenstehen, vgl. dazu BGE 99 Ib 384.
Vgl. zur Entwicklung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung Auer (zit. Anm. 25), 290ff.
Rechtsvergleichend ist festzuhalten, dass in der BRD eine Gleichheit im Unrecht abgelehnt wird. Das Gleichheitsgebot findet nach allgemeiner Ueberzeugung eine absolute Grenze in der Bindung der Rechtsanwender an Recht und Gesetz (Art. 20 Abs. 3 GG), damit ist eine Gleichbehandlung im Unrecht ausgeschlossen (BVerwGE 34, 278). Hinweise auf Lehre und Praxis bei Auer, a.a.O., 287ff.
- 30) Auer (zit. Anm. 25), 294ff
- 31) Vgl. etwa BGE 103 Ia 242ff, 98 Ia 657ff, 151ff, 90 I 159ff: Verstösse gegen die steuerliche Rechtsgleichheit; in BGE 99 Ib 377ff geht es um ein rechtsungleich gehandhabtes Verbot, Werbetafeln gewisser Grösse anzubringen. Schützt das Bundesgericht eine rechtsgleiche, aber bundesrechtswidrige Behandlung eines Bürgers, so bringt es neuerdings den Entscheid neben dem betroffenen Departement auch dem Bundesrat zur Kenntnis, damit er für die Zukunft für eine gesetzeskonforme Handhabung des Bundesrechtes besorgt sei, vgl. BGE 99 Ib 385. Der thematisierte Anspruch ist oft auch in Straffällen angerufen worden, vom Bundesgericht aber regelmässig mit wenigen Worten abgewiesen worden. Vgl. etwa BGE 100 IV 191; 97 IV 77

Das zeigt etwa der Entscheid BGE 99 Ib 283: Die Beschwerdeführerin, ein Verlagshaus, gab regelmässig ein Mitteilungsblatt heraus, das von der PTT den gesetzlichen Vorschriften entsprechend zum Drucksachentarif befördert wurde. Ein, gemessen an den gesetzlichen Kriterien, gleiches Mitteilungsblatt einer anderen Organisation wurde von der PTT - obwohl die gesetzlichen Voraussetzungen nicht erfüllt waren - zur günstigeren Zeitungs-taxe befördert. Das Bundesgericht schützte - unter Vorbehalt einer Wiederherstellung des gesetzlichen Zustandes durch die PTT - den Anspruch der Beschwerdeführerin auf rechtsgleiche, aber gesetzeswidrige Begünstigung (32).

C. Anfechtung von verfassungswidriger Begünstigung durch Nichtprivilegierte

Normative Grundlage ist wiederum das Gleichbehandlungsgebot des Art. 4 BV, es dient aber nicht dazu, den Anschluss an Begünstigungen herzustellen, sondern die Begünstigung rückgängig zu machen (33).

1. Anfechtung drittbegünstigender Hoheitsakte mit der staatsrechtlichen Beschwerde

Was das Gleichbehandlungsgebot betrifft, kann auf das bereits Ausgeführte verwiesen werden. Besondere Probleme stellen sich indessen im Zusammenhang mit der Legitimation des nicht begünstigten Beschwerdeführers für die staatsrechtliche Beschwerde (34): Das Bundesgericht fordert, dass die angefochtene Begünstigung nicht bloss tatsächliche, sondern verfassungsrechtlich geschützte Interessen des Beschwerdeführers verletzt (35). Damit soll eine Denaturierung der staatsrechtlichen Beschwerde zu einer Popularbeschwerde verhindert werden (36).

Im einzelnen ergeben sich aber Unterschiede, je nachdem ob ein Erlass oder eine Verfügung die Begünstigung statuiert.

32) BGE 99 Ib 291

33) In BGE 91 I 345 wird insoweit präzisiert, dass es nach dem Grundsatz von Treu und Glauben dem Bürger nicht gestattet ist, sich unter Berufung auf Art. 4 BV über eine zugunsten eines Dritten getroffene Massnahme zu beschweren, wenn die Behörden ihm die gleiche Begünstigung einräumen wollten, er sie aber abgelehnt hatte.

34) Die Probleme liegen im Wortlaut des Art. 88 OG begründet; vgl. dazu auch Kaufmann, Verfassungsgerichtsbarkeit, 349

35) BGE 103 Ia 68f, 93 I 517 m.w.H.

36) BGE 97 I 265, 85 I 55

a) Legitimation bei begünstigendem Erlass

Das Bundesgericht hat, nach einer restriktiven Phase (37), den Zugang zur staatsrechtlichen Beschwerde nach und nach ausgebaut. Heute gilt, dass zwar nicht legitimiert ist, wer an der Aufhebung einer durch Erlass begründeten Begünstigung nur "wie jeder andere" interessiert ist, wohl aber derjenige, der daran "in besonderer Weise" interessiert ist (38).

Zu Recht kritisiert H. Marti das frühere enge Verständnis "rechtlich geschützter Interessen" und weist darauf hin, dass eine Vergünstigung, die sachlich nicht gerechtfertigt ist, den Beschwerdeführer in Interessen verletze, welche durch das Gleichbehandlungsgebot geschützt seien. Für die Legitimation müsse genügen, dass eine Ungleichheit vorliege, ob sie auch begründet sei, werde erst durch das Sachurteil entschieden (39).

b) Legitimation bei begünstigender Verfügung

Die Frage stellt sich vor allem im Zusammenhang mit Baubewilligungen. Der Nachbar ist nach neuerer Praxis legitimiert, soweit durch die Bewilligung Baurechtsvorschriften verletzt werden, die nicht nur die Allgemeinheit schützen, sondern auch ihm eine rechtlich geschützte Sphäre einräumen (40).

Bei Berufsausübungsbewilligungen ist das Bundesgericht bei der Annahme eines besonderen Interesses zurückhaltender (41), es tritt insbesondere nicht auf Beschwerden ein, die nur durch den Schutz vor unliebsamer Konkurrenz motiviert sind (42).

37) Vgl. etwa BGE 85 I 52ff, betr. Ablehnung der Legitimation von Kantonseinwohnern, die ein kantonales Steuergesetz anfechten wollten, das unter gewissen Voraussetzungen neuuziehenden Firmen und natürlichen Personen Steuerprivilegien einräumt (mit m.w.H. auf die frühere Praxis).

38) So bereits in BGE 86 I 285. Das ist insbesondere dann der Fall, wenn Fragen der Gleichbehandlung der Angehörigen eines Berufszweiges zu entscheiden sind. Vgl. etwa BGE 93 I 517, Begünstigung von ETH Architekten gegenüber HTL Architekten und BGE 103 Ia 65ff: teilweise Gleichstellung von HTL Ingenieuren und Architekten mit ETH Ingenieuren und Architekten. Die Begünstigung liegt darin, dass die erste Gruppe damit die Möglichkeit erhält, Aufträge der öffentlichen Hand auszuführen.

39) Marti, Staatsrechtliche Beschwerde, 70f

40) Grundlegend BGE 91 I 413; vgl. dazu auch vorne § 6 II Anm. 7ff

41) Vgl. BGE 93 I 171ff, 85 I 53f m.w.H.; eine Uebersicht über die Kasuistik findet sich bei Marti, Staatsrechtliche Beschwerde, 71f. Eine Arbeitsvergebung des Gemeinwesens kann vom übergangenen Bewerber nicht angefochten werden (BGE 60 I 369; vgl. indessen 102 Ia 536 E 1). Vgl. dazu die kritischen Bemerkungen von Marti, a.a.O., 72.

42) BGE 93 I 176, 178

2. Anfechtung drittbegünstigender Verfügungen mit der Verwaltungsgerichtsbeschwerde

Nicht ganz gleich stellt sich die Sachlage bei der Verwaltungsgerichtsbeschwerde, mit der ja auch eine Verletzung von Art. 4 BV gerügt werden kann, dar. Für die Legitimation zur staatsrechtlichen Beschwerde ist erforderlich, dass der Beschwerdeführer einen Nachteil im Bereich seiner rechtlich geschützten Interessen erlitten hat (43). Demgegenüber ist die Beschwerdelegitimation im Verwaltungsgerichtsverfahren (besser: Beschwerdebefugnis (44)) gegeben, wenn der Beschwerdeführer "durch die angefochtene Verfügung berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Aenderung hat" (45). Nicht erforderlich ist, dass der Beschwerdeführer in seinen Rechten verletzt ist (46); es genügt ein "bloss faktisches Interesse an der Aufhebung oder Aenderung der angefochtenen Verfügung" (47). Allerdings hat sich gerade im Bereich der Anfechtung drittbegünstigender Verfügungen der Aufgabe gestellt, eine Ausuferung in Richtung Popularklage zu verhindern. Das Bundesgericht verlangt deshalb vom Beschwerdeführer, dass er durch die begünstigende Verfügung "in höherem Masse als jedermann, besonders oder unmittelbar berührt" ist; erforderlich ist "eine beachtenswert nahe Beziehung des Beschwerdeführers zur Streitsache". (48)

43) BGE 95 I 115, vgl. auch Marti, Staatsrechtliche Beschwerde, 63f.

44) Vgl. dazu Ivo Schwander, Zur Beschwerdebefugnis in den Verwaltungsverfahren und Verwaltungsgerichtsverfahren, ZBL 79 (1978) 469ff

45) Art. 103 lit a OG; vgl. allgemein zur diesbezüglichen Praxis des BGers die Hinweise bei Schwander, a.a.O., 479

46) BGE 104 I b 248, 255; ob dies der Fall ist, kann erst durch das Sachurteil entschieden werden, davon kann jedenfalls nicht abhängen, ob man die Beschwerde überhaupt zur Prüfung entgegennimmt. Vgl. dazu Fritz Gygi, Bundesverwaltungsrechtspflege, Bern, 4.A., 1979, 112

47) BGE 104 Ib 245 LS 2. Nach der neueren bundesgerichtlichen Rechtssprechung dürfen die Kantone für Streitigkeiten des Bundesverwaltungsrechts, die mit Verwaltungsgerichtsbeschwerden an das Bundesgericht weitergezogen werden können, auf kantonaler Ebene an die Beschwerdebefugnis nicht strengere Anforderungen stellen, als sie Art. 103 lit a OG für die Legitimation zur Verwaltungsgerichtsbeschwerde vorsieht, BGE 104 Ib 248 m.w.H.

48) BGE 104 I b 249

Das Gericht hat neuerdings in einer Klarstellung seiner Rechtsprechung ausgeführt, aus dem Erfordernis der in Art. 103 lit. a OG genannten Schutzwürdigkeit dürfe nicht abgeleitet werden, es müsse ein Zusammenhang zwischen dem vom Beschwerdeführer geltend gemachten Interesse und der Schutzrichtung der angerufenen Norm bestehen (49).

Konkret wurde einem Beschwerdeführer, der sich gegen eine seinem Nachbarn erteilte Baubewilligung zur Wehr setzte und sich dazu allein auf ausschliesslich dem öffentlichen Interesse (Raumplanung, Landschaftsschutz) dienende Normen berief, die Beschwerdebefugnis zuerkannt, weil eine besonders nahe Beziehung zum Streitgegenstand sich nicht verneinen liess (50).

D. Begründung von Leistungsansprüchen durch behördliche Zusicherung

Diese Ansprüche stützen sich zwar auch auf Art. 4 BV, allerdings nicht auf den Teilgehalt der materiellen Rechtsgleichheit, sondern auf den vom Bundesgericht ebenfalls aus Art. 4 BV abgeleiteten Grundsatz des Handelns nach Treu und Glauben (51).

Das Vertrauensschutzprinzip stellt die praktisch bedeutsamste Folgerung dar, die das Bundesgericht aus dem Grundsatz von Treu und Glauben gezogen hat. Danach sind die Behörden zu einem "gewissenhaften, vertrauenswürdigen" Verhalten verpflichtet; dem entspricht ein "Anspruch des Bürgers auf Schutz des berechtigten Vertrauens auf behördliche Zusicherung und sonstiges, bestimmte Erwartungen begründendes Verhalten der Behörden" (52). Unter Um-

49) BGE 104 Ib 255 E 7 c

50) Eine Aufstellung über weitere Fälle, in denen eine Drittbefugnis zuerkannt wurde, findet sich bei Gygi, (zit. Anm. 46), 118 und BGE 104 Ib 249 E 5 c.

51) Grundlegend dazu BGE 94 I 520 ff. Vgl. auch Katharina Sameli, Treu und Glauben im öffentlichen Recht, ZSR 96 II (1977) 287 ff.

52) BGE 94 I 521. Zur Verbindlichkeit behördlicher Zusicherungen vgl. Gueng, 449ff und Sameli, a.a.O., 347ff

ständen sind sogar unrichtige (53) Auskünfte oder Zusicherungen bindend (54). Sowohl Eingriffs- als auch Leistungsverwaltung sind an den Grundsatz von Treu und Glauben gebunden (55).

Zwar vermögen unrichtige Zusagen oder Auskünfte grundsätzlich keine vom Gesetz abweichende Behandlung zu begründen, insoweit ist von der Priorität des Legalitätsprinzipes auszugehen (56).

Der Vertrauensschutz wird aber dann höher bewertet als das Legalitätsprinzip, "wenn der Bürger im Vertrauen auf Auskünfte und Zusicherungen, die er von der zuständigen Amtsstelle erhalten hat und deren Unrichtigkeit er nicht ohne weiteres erkennen konnte, Dispositionen getroffen hat, die nicht mehr rückgängig zu machen sind" (57).

Ueberdies muss angenommen werden können, dass der Betroffene bei richtiger Auskunft ein für ihn günstigeres Vorgehen gewählt hätte (58, 59).

In diesem Sinne hat das eidgenössische Versicherungsgericht mehrmals festgestellt, dass Zusicherungen von Leistungen durch Sozialversicherungsanstalten in Abweichung von der gesetzlichen Ordnung Ansprüche begründen können (60). In ähnlicher Richtung geht ein Urteil, dass den Widerruf einer Stipendienzusage als

53) Unter 'unrichtig' werden hier die Fälle verstanden, in denen eine Auskunft entweder dem Gesetz widerspricht oder auf unrichtiger Deutung unbestimmter Gesetzesbegriffe, auf unzweckmässiger Betätigung des Ermessens oder auf sachwidriger Qualifikation unbestimmter Tatbestandselemente beruht. (In Anlehnung an Gueng, 451)

54) BGE 98 Ia 462f, 96 I 15

55) J.P. Müller, Soziale Grundrechte, 893; für Sozialversicherungen: BGE 100 V 157

56) BGE 91 I 136

57) BGE 99 I b 101 m.w.H.; für eine ausführliche Darstellung der einzelnen Tatbestandselemente vgl. Gueng, 473ff ; Imboden/Rhinow I 468 und Sameli (zit.Anm. 51), 347ff

58) Imboden/Rhinow a.a.O.

59) Zu den Grenzen der Bindung an Zusicherungen Gueng, 501

60) BGE 100 V 156f; EVGE 1967, 407, in concreto allerdings in beiden Fällen abgelehnt.

gegen Treu und Glauben verstossend betrachtet (61).

Eher auf Eingriffstatbestände bezogen sind jene Fälle, in denen Beamte - zur Wohnsitznahme im Beschäftigungskanton verpflichtet - eine Bindung an Zusicherungen behaupteten und daher die Bewilligung zur Wohnsitzverlegung in einen anderen Kanton forderten (62).

J.P. Müller weist darauf hin, dass die Problemlage bei Eingriffs- und Leistungsverwaltung nicht völlig identisch ist (63). Differenzierungen bezüglich der Intensität der Verbindlichkeit von Zusicherungen können sich vor allem dadurch ergeben, dass es sich bei Sozialleistungen um Tatbestände von einer gewissen Dauer handelt (64). Nicht gänzlich auszuschliessen ist deshalb, dass fiskalische Ueberlegungen - unter der Rubrik "überwiegende öffentliche Interessen als Schranke des Vertrauensprinzipes" - eine limitierende Rolle spielen können.

61) Unveröffentlichter BGE vom 24. Febr. 1971; eine ausführliche Besprechung des Entscheides findet sich bei J.P. Müller, Soziale Grundrechte, 876f, 893f

62) Vgl. BGE 98 Ia 460ff (kein Verstoß gegen Treu und Glauben, aber Verletzung des Gleichbehandlungsgebotes) und BGE 103 Ia 459f.

63) J.P. Müller, Soziale Grundrechte, 894

64) Wobei nicht zu übersehen ist, dass etwa auch eine über das Vertrauensprinzip 'erkämpfte' Baubewilligung langfristige Tatbestände schafft. (Vgl. in diesem Zusammenhang BGE 88 I 148, wo das Bundesgericht von einem "bedauerlichen - aber hinzunehmenden - Schönheitsfehler" spricht).

§ 9 Mittelbar grundrechtsrelevante Leistung

I. Allgemeines

Der letzte im Rahmen dieser Arbeit zu untersuchende Leistungsbereich weist zwei typische Merkmale auf:

- Die Grundrechte kommen nicht als Leistungsrechte, sondern traditionell als Abwehrrechte zum Tragen. Anknüpfungspunkt ist ein staatlicher Eingriff in die Grundrechtssphäre; um diesen Eingriff möglichst klein zu halten, erbringt der Staat gewisse Leistungen. Die normative Grundlage dieser positiven Vorkehrungen ist indessen nur sehr bedingt in den Grundrechten selbst zu suchen. Insoweit ist vom Bezugspunkt dieser Arbeit her von 'mittelbarer Leistung' die Rede.
- Die Grundrechte entfalten ihre - negatorische - Wirksamkeit entweder bei der Benützung öffentlichen Grund und Bodens (II) (1) oder im Zusammenhang mit Untersuchungs- oder Strafgefängenschaft, also im Bereich eines besonderen Rechtsverhältnisses (III) (2).

Die Figur der mittelbaren Leistung basiert auf folgender Ueberlegung: Wir haben bereits mehrmals erwähnt, dass anstelle dualistischer Vorstellungen bezüglich Staat und Gesellschaft in einem demokratisch strukturierten Gemeinwesen die allein adäquate Betrachtungsweise die einer rechtlichen Durchdringung aller staatlichen Bereiche mit demokratisch erzeugtem Recht ist, und dass dies für die Leistungsproblematik den Blickwinkel wesentlich verändern kann: ominöse Bereiche originärer Obrigkeitsstaatlichkeit, denen gegenüber der inferiore Bürger, um zu sei-

-
- 1) An dieser Stelle wird auch kurz auf den in vielem gleich gelagerten Fall der Zulassung zu öffentlichen Anstalten einzugehen sein.
 - 2) Man kann sich fragen, ob nicht auch der Anspruch auf Information als Beispiel 'mittelbarer Leistung' zu nennen wäre. Dies träfe insoweit zu, als wir die positive Verpflichtung zur Information nicht in der Informationsfreiheit, sondern in den Staatsformbestimmungen lokalisiert haben. Andererseits fehlt der Anknüpfungspunkt des - durch Leistung zu minimalisierenden - Eingriffs in die Grundrechtssphäre, den ich für die Fälle 'mittelbarer Leistung' als sehr wesentlich erachte.

nem Recht zu kommen, Leistungsrechte mobilisieren muss, verschwinden zugunsten einer grundsätzlichen Grundrechtsgeltung in allen staatlichen Bereichen. Das bringt die wichtige Konsequenz mit sich, dass es oftmals nicht um eine dogmatisch schwierig zu leistende, unmittelbar grundrechtsabgestützte Leistungsforderung, sondern um eine schlichte Eingriffsabwehr geht, sofern der Staat Grundrechtsausübung in den jeweiligen Bereichen nicht duldet.

Dieser Ansatz hätte, sofern er sich durchhalten lässt, den Vorteil, dass die Grundrechte - involviert sind vor allem die HGF, die Versammlungsfreiheit und die persönliche Freiheit - 'nur' als dogmatisch vertraute und einfach zu handhabende Abwehrrechte bedeutsam werden. Wir haben vorne die vielfältigen Probleme subjektiv-positiver grundrechtlicher Ansprüche geschildert. Angesichts der auftretenden Schwierigkeiten (3), die zumindest bei originär positiven Gehalten eine subjektive Berechtigung nur in den seltensten Fällen nicht von vornherein ausschliessen, ist bei Unsicherheiten über den positiven oder negativen Charakter eines Anspruches zunächst nach Lösungsmöglichkeiten zu suchen, die sich auf der Basis negatorisch konzipierter Grundrechte verwirklichen lassen.

Dieser Ansatz, der sich bereits beim Recht auf Information bewährt hat (4), soll auch im Zusammenhang mit der Benützung öffentlichen Grundes und der Rechtstellung Gefangener auf seine Tauglichkeit hin untersucht werden.

Daneben werden wir sowohl bei der Benützung öffentlicher Sachen, wie auch im Bereich 'Grundrechte und Gefangenschaft' mit spezifischen Fragen staatlicher Leistungsgewähr konfrontiert. Sie sind am jeweiligen Ort zu behandeln.

Angesichts der Scheu der Gerichte, den Grundrechten positive Gehalte abzugewinnen, die - wie die Problematik subjektiv-positi-

3) Probleme bieten vor allem die fehlende normativ-determinierende Kraft der Grundrechte sowie funktionellrechtliche Implikationen.

4) Vgl. dazu vorne § 7 IV B 1 Anm. 41ff

ver Ansprüche zeigt - durchaus nicht unberechtigt ist (5), mag es auch in der Sache selbst erfolgversprechender sein, auf vertrauter Ebene zu argumentieren, bestehende und dogmatisch unproblematische Wege einzuschlagen und so überflüssige Schwellenängste - Effekt eines vorschnellen Vorprellens mit originärer Leistungsforderung - gar nicht erst aufkommen zu lassen.

-
- 5) Abzulehnen ist hingegen der verbale Rigorismus des Bundesgerichtes. Die leistungsbereichsspezifische Analyse hat ein differenziertes und nuanciertes Bild ergeben, für das die sinn-gemäss immer wieder auftauchende Formel: "Der Sinn der Freiheitsrechte ist die Begrenzung staatlicher Macht gegenüber dem einzelnen Bürger. Sie gewähren ihm Schutz vor staatlichen Eingriffen, geben ihm aber keinen Anspruch auf staatliche Leistungen des Staates" (BGE 98aI 367), nicht die adäquate Beschreibung ist.

II. Grundrechte und öffentlicher Grund

A. Benützung öffentlichen Grundes - ein Leistungsproblem ?

Die Geltungskraft der Grundrechte auf öffentlichem Grund war lange Zeit umstritten. Bevor im einzelnen auf die Rechtsprechung eingegangen werden soll - sie betrifft die Meinungsäusserungsfreiheit i.w.S. und die Handels- und Gewerbefreiheit - sollen einige grundsätzliche Ueberlegungen dazu angestellt werden, ob das Zurverfügungstellen von öffentlichem Boden überhaupt eine Leistung darstellt (1), oder ob es sich hier nicht um eine Frage handelt, an die mit den traditionellen Mitteln, d.h. mit negatorisch konzipierten Grundrechten herangegangen werden kann. In der Tat hat das Bundesgericht in einer Vielzahl von Urteilen den formelhaften Satz, der Sinn der Freiheitsrechte liege in der Abwehr staatlicher Macht, sie gäben keinen Anspruch auf positive staatliche Leistung unmittelbar mit der Feststellung verknüpft, insoweit lasse sich aus ihnen auch kein Anspruch auf Benützung des öffentlichen Grundes ableiten (2). Ebenso geht Bosshart in seiner Arbeit über die Demonstrationsfreiheit davon aus, dass das Zurverfügungstellen öffentlichen Bodens eine positive Leistung darstellt (3).

Zunächst ist festzuhalten, dass der öffentliche Grund in drei Benützungsformen beansprucht werden kann. Normalerweise werden Gemeingebrauch, gesteigerter Gemeingebrauch und Sondernutzung unterschieden (4). Die Abgrenzung der einzelnen Benützungsarten kann zu Schwierigkeiten Anlass geben.

-
- 1) Als Problem staatlicher Leistungsgewähr betrachten das Zurverfügungstellen öffentlichen Grundes: Barrelet, *droit à l'information*, 72; Bosshart, 119ff, insbes. 122; Aubert, *liberté d'opinion*, 440; J.P. Müller, *Grundrechtstheorie*, 266 Anm. 6; Saladin, *Grundrechte*, XX Anm. 18
 - 2) Vgl. bspw. BGE 98 Ia 367: "... so lässt sich aus den Rechten der Meinungsäusserungs- und Versammlungsfreiheit der Bürger kein Anspruch darauf ableiten, dass der Staat zu ihrer Ausübung besondere Einrichtungen schafft oder zur Verfügung stellt". Zur HGF: "Das Bundesgericht hat stets angenommen, dass Art. 31 BV keinen Anspruch auf Benützung öffentlichen Bodens für gewerbliche Zwecke gebe und dessen Benützung daher dem Wirkungsreich der HGF entzogen sei" (BGE 97 I 655).
 - 3) Vgl. zu den einzelnen Argumentationsschritten Bosshart, 96ff, insbes. 101
 - 4) Vgl. dazu Imboden/Rhinow II 811; Bosshart, 76ff und Zürcher, 1ff, bei dem sich auch eine Uebersicht über andere Einteilungen findet.

Der Gemeingebrauch umfasst die Benützung des öffentlichen Grundes im Rahmen der Zweckbestimmung, darf diesen sogar überschreiten, sofern er "den Hauptzweck der Strasse oder des Platzes nicht beeinträchtigt und keine Kontrolle und spezielle Ueberwachung" erfordert (5); er ist unentgeltlich (6) und bewilligungsfrei (7).

Gesteigerter Gemeingebrauch - um den es in diesem Abschnitt insbesondere geht - liegt vor, wenn eine Gebrauchsart nicht mehr gemeinverträglich ist, über die Zweckbestimmung der Sache hinausgeht (8) oder aber - zwar den allgemeinen Gebrauch nicht erschwerend - andere vom gesteigerten Gemeingebrauch oder von der Sondernutzung ausschliesst (9), und sofern es sich nicht um Sondernutzung handelt (10).

Ohne besondere gesetzliche Grundlage darf die zur Aufsicht über die öffentliche Sachen zuständige Behörde eine über den Gemeingebrauch hinausgehende Benutzung von einer Bewilligung abhängig machen (11). Die nun zu erörternde Kontroverse dreht sich darum, inwieweit Grundrechte Anspruch auf Benützung öffentlichen Grundes in der Form des gesteigerten Gemeingebrauches zu geben vermögen.

Es fragt sich, ob nicht vorschnell die Benützung öffentlichen Grundes auf ein Problem staatlicher Leistungspflicht reduziert wird. Einer solchen Ansicht liegt letztlich ein "vorkonstitutionelles Staatsdenken" (12) zugrunde, nach dem der öffentliche

-
- 5) BGE 100 Ia 396
 - 6) Art. 37 Abs. 2 BV
 - 7) Beschränkungen des schlichten Gemeingebrauchs bedürfen einer gesetzlichen Grundlage: BGE 101 Ia 477
 - 8) Wobei der bereits erwähnte BGE 100 Ia 396 festhält, dass auch bei einer Ueberschreitung des Hauptzweckes immer noch Gemeingebrauch vorliegen kann, sofern der Hauptzweck nicht beeinträchtigt und keine polizeiliche Kontrolle notwendig ist. Zu diesem Entscheid auch hinten C. 2 Anm. 53ff
 - 9) BGE 88 I 24
 - 10) Vgl. zur Sondernutzung Imboden/Rhinow II 833ff.
 - 11) Nicht bewilligungsfrei sind Tätigkeiten, sofern sie als gesteigerter Gemeingebrauch zu qualifizieren sind, die Ausfluss der HGF sind (vgl. dazu Bosshart, 109ff m.w.H. auf die ältere BGR - Rechtsprechung), wie auch solche, die durch die ideellen Grundrechte geschützt sind (vgl. dazu BGE 102 Ia 53; 100 Ia 402; 96 I 223ff).
 - Angesichts der Tatsache, dass es sich bei der Bewilligungspflicht um eine gerade im Bereich ideeller Grundrechte nicht unproblematische präventive Massnahme handelt, ist erwogen worden, ob nicht auch eine weniger weitgehende Anmeldepflicht berechnigte Ordnungsaufgaben zu erfüllen erlaubt hätte. So beispielsweise A. Grisel, *juridiction constitutionnelle*, 223
 - 12) Saladin, *Grundrechte*, 250

Grund und Boden als eine "Domäne des Gemeinwesens (erscheint), über das es in Freiheit verfügen, mit dem es nach freiem Ermessen (wenn auch nicht willkürlich) schalten und walten darf" (13). Auch wenn die öffentlichen Sachen unter der Hoheit des Gemeinwesens stehen, in dessen Gebiet sie liegen (Art. 664 Abs. 1 ZGB), so handelt es sich dabei nicht um ein "Stück ursprünglicher und uneingeschränkter Machtvollkommenheit" (14). Nichts rechtfertigt es, eine grundsätzliche Ausstrahlung der Grundrechte auf den öffentlichen Boden abzulehnen, der allenfalls aus der Besonderheit des Instituts der öffentlichen Sache zusätzliche Schranken erwachsen können.

So gesehen erscheint die Konstruktion der positiven staatlichen Leistung – soweit es um das reine Zurverfügungstellen geht – als überflüssig. Denn nur wenn von grundrechtsfreien Bereichen staatlichen Handelns ausgegangen wird, stellt sich überhaupt die Frage nach einer positiven Leistung, erst dann müssen Grundrechte so interpretiert werden, dass aus ihnen eine Leistung forderbar ist (15).

Im demokratischen Staat ist – wie bereits mehrmals mit Nachdruck vertreten – staatliches Handeln letztlich durch die Verfassung begründet – insoweit sind eben ihre Prinzipien konstitutiv – und muss sich daher, weil nur so staatliches Handeln sich legitimieren kann, auf diese Konstitutionsprinzipien (hier: die involvierten Grundrechte) ausrichten; diese Prinzipien prägen jedes staatliche Handeln und jeden staatlichen Hoheitsbereich.

Davon ist selbstverständlich das öffentliche Sachenrecht nicht ausgenommen. Dann stellt sich aber nicht primär die Frage nach positiver Leistung, sondern dann wird aktuell, wann der Staat in Grundrechtsausübung auf öffentlichem Grund eingreifen darf.

In diese Richtung geht auch der Tenor der Kritik, der seitens der Lehre an der Rechtsprechung des Bundesgerichtes laut geworden ist. Dem Bundesgericht wurde im Zusammenhang mit seiner Rechtsprechung zur HGF auf öffentlichem Grund wiederholt vorgeworfen, dass seine

13) Saladin, Grundrechte, 251

14) Saladin, Unerfüllte Bundesverfassung?, 323

15) Das heisst nicht, dass sich in diesem Zusammenhang keine Leistungsprobleme stellen. Dazu hinten II D.

Fragestellung nicht richtig sei: es gehe nicht darum, ob der Gewerbetreibende nach Art. 31 BV einen positiven Anspruch auf gesteigerten Gemeingebrauch habe, sondern ob der Staat ohne Verletzung der HGF einen Gewerbetreibenden vom gewöhnlichen oder auch gesteigerten Gemeingebrauch ausschliessen oder ihm besondere Beschränkungen auferlegen dürfe (16). Die Antwort müsse dahin gehen, dass mit Art. 31 BV nur strassenpolizeiliche, nicht aber wirtschaftspolitische Einschränkungen zulässig seien (17). A. Grisel hat hervorgehoben, dass eine über den gewöhnlichen Gemeingebrauch hinausgehende Nutzung des öffentlichen Grundes nicht immer eine positive Leistung des Staates erfordere (18). Eine solche sei beispielsweise nicht notwendig, wenn auf einer Strasse Waren verkauft werden, sehr häufig werde es um ein blosses Dulden gehen.

Das gleiche gilt bei anderen Freiheitsrechten, deren Ausübung eine Beanspruchung des öffentlichen Grundes erforderlich machen kann. W. Haller hat im Zusammenhang mit Demonstrationen darauf hingewiesen, dass es sich bei der Zuweisung eines geeigneten Platzes im Grunde genommen nicht um eine positive Leistung handle, sondern darum, zu dulden, "dass auf bereits als öffentlich deklariertem Grund gewisse Bürger eine über den bestimmungsgemässen Gebrauch hinausgehende Nutzung vornehmen" (19). Nach C.A. Morand ist nicht einzusehen, "par quel phénomène l'obligation négative de l'Etat de tolérer la libre expression sur le domaine public se transformerait en devoir positif du simple fait qu'elle s'exercerait sur un lieu qui fait partie du patrimoine administratif. ... c'est en réalité à une obligation négative que l'Etat est tenu" (20). Auch das Aargauer Verwaltungsgericht hat hinsichtlich der freien Meinungsäusserung auf öffentli-

-
- 16) Marti, Wirtschaftsfreiheit, 115f bringt zur Stützung dieser Ansicht zudem eine auf das positive Recht gestützte Ueberlegung: der ehemalige Art. 31 lit e BV bestimmte, dass die Kantone Vorschriften über die Benützung der Strasse aufstellen durften, dabei aber den Grundsatz der HGF respektieren mussten. Der neue Art. 31 BV wolle an dieser Bestimmung materiell nichts ändern, so dass auch heute dies Bindung gelten müsse. (Vgl. dazu auch die Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung über die Partialrevision der Wirtschaftsartikel der BV vom 10. Sept. 1937, BB1 1937 II 885.) Zur Kritik der restriktiven Rechtssprechung des BGers vgl. auch Huber, ZBJV 85 (1949), 54f; Abderhalden, WuR 1, 210; ders., WuR 4, 148f
- 17) Stüdeli, 69ff
- 18) Grisel, droit administratif, 301
- 19) Haller, Lehrfreiheit, 140f
- 20) Morand, tendances, 55 im Zusammenhang mit BGE 98 Ia 362ff, Studentenschaft der Universität Zürich c. Zürcher Erziehungsrat. In diesem Sinne können wohl auch Aubert, liberté d'opinion, 442 und J.P. Müller, EMRK, 375 verstanden werden.

chem Grund von einer staatlichen Duldungspflicht gesprochen (21).

B. Die bundesgerichtliche Rechtsprechung im einzelnen

1. Zur Handels- und Gewerbefreiheit

In einer jahrzehntelangen Praxis hat das Bundesgericht angenommen, dass Art. 31 BV keinen Anspruch auf Benützung öffentlichen Grundes für gewerbliche Zwecke gebe und diese Benutzung daher dem Wirkungsbereich der HGF entzogen sei (22). Im Fall Schönenberger hat es erstmals die oben aufgeführte Kritik erwähnt, aber offen gelassen, ob sie Anlass zu einer Aenderung der Rechtsprechung gebe (23). Daran hielt es in einer Reihe weiterer Entscheide fest (24).

Die Aenderung erfolgte im Genfer Prostituierten-Fall (25). Eine Genfer Verordnung verbot die Strassenprostitution bei Tage auf dem ganzen Kantonsgebiet.

Dagegen erhoben mehrere Prostituierte staatsrechtliche Beschwerde und rügten u.a. eine Verletzung der HGF. Das BGer ging zunächst von einem weiten Begriff der HGF aus und gestand den Prostituierten das Recht zu, Art. 31 BV anzurufen (26). Es liess die Frage offen, wie die Strassenprostitution strassenrechtlich zu qualifizieren sei. (- die Prostituierten behaupteten schlichten Gemeingebrauch und bestritten das Vorhandensein der gesetzlichen Grundlage zu dessen Einschränkung -), da eine Entscheidung nicht erforderlich sei, wenn es sich erweise, dass eine gesetzliche Grundlage bestehe und ausserdem angenommen werde, dass

21) ZBL 77 (1976), 41. Das Gericht hat das Unterstellen von Flugblattverteilen unter eine Bewilligungspflicht als mit der Meinungsäusserungsfreiheit unvereinbar bezeichnet.

22) Vgl. statt vieler BGE 81 I 18f frühere Urteile sind bei A. Grisel, *droit administratif*, 300f erwähnt.

23) BGE 97 I 655/6

24) BGE 99 Ia 385, 398/9, 510

25) BGE 101 Ia 473ff, übersetzt in ZBL 77 (1976), 217ff

26) A.a.O., 476; kritisiert von Huber, ZBJV 113 (1977) 34

auch derjenige, der von der öffentlichen Sache gesteigert Gebrauch mache, sich auf Art. 31 BV berufen könne, denn in diesem Falle stehe unabhängig von der Gebrauchsart dem Bundesgericht die gleiche Prüfungsbefugnis zu (27).

Damit war die Frage nach der Geltung der HGF auf öffentlichem Grund gestellt. Im Sinne A. Grisels führte das Gericht aus, dass eine über den Gemeingebrauch hinausgehende Nutzung nicht immer eine positive Leistung des Staates erfordere, insofern sei die der bisherigen Rechtssprechung zugrundeliegende Betrachtungsweise nicht allgemein gültig (28). Das Gericht hielt dann zutreffend fest, "dass die Zugehörigkeit des öffentlichen Grundes zum staatlichen Bereich für sich allein noch nicht genügt, um jede Anwendung von Art. 31 BV auszuschliessen. Der Bürger, der den öffentlichen Grund zu gewerblichen Zwecken benützt, befindet sich in der gleichen Lage wie derjenige, der in einem besonderen Rechtsverhältnis zum Staat steht. Der eine wie der andere muss im Genuss der verfassungsmässigen Freiheitsrechte stehen können, soweit die Zwecksetzung des öffentlichen Grundes oder das besondere Rechtsverhältnis es zulässt" (29).

Damit wurde ein weiterer "weisser Fleck" (30) auf der Karte der Grundrechtswirkungen beseitigt. Mit der These, dass die Zugehörigkeit des öffentlichen Grundes zum staatlichen Bereich nicht genüge, um jede Anwendung von Art. 31 BV auszuschliessen, hat das Bundesgericht bewiesen, dass es faktisch den Boden eines rein negatorischen Verständnisses verlassen hat.

27) A.a.O., 477, d.h. grundsätzlich volle Kognition, aber Rücksicht auf tatsächliche Verhältnisse, vgl. a.a.O., 481 und BGE 102 Ia 53/4

28) A.a.O.; vgl. auch Gygi, Grundrechtskonkurrenz, 72ff

29) A.a.O., 481. Zitiert nach der Uebersetzung in ZBL, a.a.O., 222

30) Saladin, Grundrechte, 324

2. Zu den ideellen und politischen Grundrechten

Mit der Ausübung ideeller (31) und politischer (32) Rechte auf öffentlichem Grund und ihrer polizeilich gebotenen Einschränkung hat sich das Bundesgericht in letzter Zeit häufig befasst (33). Im Anschluss an diese Rechtsprechung haben sich mehrere Autoren mit den sich in diesem Zusammenhang stellenden Problemen auseinandergesetzt (34). Eine eingehende Behandlung in dieser Arbeit erübrigt sich deshalb; es genügt, auf die neuesten Entscheide einzugehen. Unter diesen Entscheiden ist der Zuger Strassentheater-Fall (35) zentral. Zu entscheiden war, ob dem Ersuchen des Komitees für Indochina, das zu einer bestimmten Zeit auf einem bestimmten Platz der Stadt Zug ein Strassentheater mit Benützung von Megaphonen durchführen wollte, hätte stattgegeben werden müssen. Dies wurde zwar abgelehnt, das Bundesgericht stellte aber einige hochinteressante Ueberlegungen an.

Zunächst verneinte es die mehrmals offen gelassene Frage, ob die Demonstrationsfreiheit (36) als ungeschriebenes Verfassungsrecht anzuerkennen sei (37).

31) Damit wird der Einteilung A. Grisels, *juridiction constitutionnelle*, 223, gefolgt.

32) Rechte des Art. 85 lit a OG

33) Vgl. aus neuerer Zeit: BGE 103 Ia 310; 102 Ia 50; 100 Ia 392; 99 Ia 689; 98 Ia 362; 97 I 893, 911; 96 I 219, 586; 92 I 24; 91 I 321

34) Vgl. etwa René A. Rhinow, *Die bundesgerichtliche Rechtsprechung zur Demonstrationsfreiheit*, ZBL 72 (1971), 33ff und 54ff; Blaise Knapp, *L'exercice de droit d'initiative sur la place publique*, Sem. jud. 27 (1972), 417ff; Morand, *tendances*, 52ff, umfassend; Jürg Bosshart, *Demonstrationen auf öffentlichem Grund*, Zürich 1973; rechtsvergleichend: *Demonstrationen und Strassenverkehr*, Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht, Bd. 54, Köln usw. 1970.

35) BGE 100 Ia 392ff, Komitee für Indochina und Kaufmann gegen Stadtrat von Zug

36) Verstanden als Recht, das den Demonstranten einen Anspruch auf gesteigerten Gemeingebrauch einräumt. Dieser Anspruch dürfte nur ganz ausnahmsweise im öffentlichen Interesse aus polizeilichen Gründen eingeschränkt werden: So BGE 100 Ia 399.

37) BGE 100 Ia 402; offengelassen noch in BGE 99 Ia 693 und 96 I 224.

Die Begründung ging dahin, dass ein solches Recht die Anerkennungsvoraussetzungen nicht erfülle, weder sei es Voraussetzung für die Ausübung anderer Freiheitsrechte noch unentbehrlicher Bestandteil der demokratischen und rechtsstaatlichen Ordnung (38). Das Gericht anerkannte zwar, dass demonstrative Veranstaltungen gerade für Minderheiten, die ihre politische Meinung innerhalb der bestehenden Einrichtungen nicht oder nicht genügend zum Ausdruck bringen können und die auch über keine anderen Mittel verfügen, um an eine breite Öffentlichkeit zu appellieren, einem legitimen Bedürfnis entsprechen; sie seien jedoch kein unentbehrlicher Bestandteil des demokratischen Willensbildungsprozesses. Nebst dem, dass es sich insoweit um einen Zirkelschluss handelt, scheint mir doch vieles dafür zu sprechen, Artikulationsmöglichkeiten jedweder Art von Minderheiten als unentbehrlichen Bestandteil einer demokratischen Ordnung zu betrachten. Gerade wenn man mit D. Grimm davon ausgeht, "dass in demokratischen Staaten jene Interessen am besten zum Zuge kommen, die von artikulationsstarken Gruppen angemeldet werden, während es die Interessen einerseits der Allgemeinheit, andererseits unterprivilegierter Gruppen schwerer haben" (39), drängt es sich geradezu auf, demonstrative Meinungsäußerungen von Minderheiten bezüglich ihres Stellenwertes im demokratischen Willensbildungsprozess höher einzustufen.

Auch wenn insoweit kritische Anmerkungen am Platz sind, so ist doch dem Ergebnis des Urteils grundsätzlich zuzustimmen. Das Urteil ermöglicht, auch ohne Anerkennung einer Demonstrationsfreiheit, die Meinungsäußerung von Minderheiten sicherzustellen. Voraussetzung dazu ist allerdings, dass die Ausstrahlungskraft der Meinungsäußerungs- und Versammlungsfreiheit in den öffentlichen Grund hinein intensiviert wird.

Das Gericht hielt zutreffenderweise fest, dass eine politische Demonstration regelmässig auch eine Betätigung der Meinungsäußerungs- und Versammlungsfreiheit ist, die dadurch, dass sie entsprechend ihrem Zweck und Wesen auf öffentlichem Grund stattfindet, dem Schutzbereich dieser Grundrechte nicht entzogen ist (40). Allerdings ergäben sich aus der Tatsache, dass sich diese Rechte in der Benützungsform des gesteigerten Gemeingebrauches abspielten, neben den jedem Grundrecht immanenten polizeilichen Schranken zusätzlich diejenigen des öffentlichen Sachenrechtes:

38) Vgl. zum Erfordernis der "verbreiteten Verfassungswirklichkeit" im Zusammenhang mit der Demonstrationsfreiheit A. Grisel, *liberté personnelle*, 566.

39) Grimm, 52

40) BGE 100 Ia 401 und 402: "... entfalten Meinungs- und Versammlungsfreiheit ihre Wirkung auch bei Betätigungsformen, die mit einem gesteigerten Gemeingebrauch verbunden sind".

Erwägungen einer zweckmässigen Nutzung der vorhandenen öffentlichen Anlagen im Interesse der Allgemeinheit und der Anwohner dürften in die vorzunehmende Interessenabwägung einbezogen werden (41).

Diese Interessen sind im Bewilligungsverfahren, das als eigentliches Interessenausgleichsverfahren bezeichnet werden kann, zu berücksichtigen; sie limitieren – über die allgemeinen polizeilichen Schranken hinaus – die Grundrechte der Meinungsäusserungs- und Versammlungsfreiheit. Allerdings ist jeweils der besondere ideelle Gehalt dieser Grundrechte mit in Rechnung zu stellen (42).

Das Gericht gab gewissermassen eine Anleitung für die Behandlung demonstrativer Veranstaltungen: Die Behörde hat über das Willkür- und Rechtsgleichheitsgebot hinaus den besonderen ideellen Gehalt der Grundrechte zu berücksichtigen und dem "legitimen Bedürfnis, Veranstaltungen mit Appellwirkung an eine breitere Öffentlichkeit durchführen zu können, angemessen Rechnung zu tragen". Unzulässig ist es, bei der Bewilligungserteilung die von den Antragstellern vertretenen Auffassungen zu berücksichtigen (43). Ob die Bewilligungspraxis diesen Anforderungen genügt, prüft das Gericht grundsätzlich frei, nimmt aber Rücksicht auf die örtlichen Verhältnisse (44).

Im Indochina-Komitee-Entscheid fehlte allerdings die im Aleinick-Urteil enthaltene Feststellung, wonach die Meinungsäusserungsfreiheit ihrer besonderen Bedeutung im demokratischen Staat wegen über die anderen Grundrechte zu stellen sei (45). Diese Sicht der Ausstrahlung von Grundrechten auf den öffentlichen Grund führte das Bundesgericht im vorliegenden Fall zu der Feststellung, es müsse möglich sein, "eine Demonstration dieser Art auf

41) BGE 102 Ia 53; 100 Ia 401 ff

42) BGE 100 Ia 402; vgl. dazu hinten Anm. 74ff

43) A.a.O.

44) A.a.O., 400; kritisch dazu Stalder, 140

45) BGE 96 I 592; in BGE 101 Ia 150 heisst es dann wieder: "Das Verfassungsrecht des Bundes gewährleistet indessen die Meinungsfreiheit gleich den anderen Freiheitsrechten nur unter dem Vorbehalt der Beschränkungen, die sich aus den Anforderungen der öffentlichen Ordnung im Sinne der öffentlichen Sicherheit, Ruhe, Sittlichkeit und Gesundheit ergeben"; vgl. auch BGE 101 Ia 256. BGE 102 Ia 53 hebt dann wieder den besonderen Gehalt der ideellen Grundrechte hervor.

dem Gebiet der Stadt Zug durchzuführen" (46).

C. Geltungskraft der Grundrechte auf öffentlichem Grund

Damit zeichnet sich folgendes Bild ab: Nach den neuesten bundesgerichtlichen Urteilen ist die Geltungskraft von Grundrechten auf öffentlichem Grund anerkannt. In der Tat wird allein dies dem konstitutiven Gehalt von Grundrechten, mit dem grundrechtsfreie Bereiche unvereinbar sind, gerecht. Insoweit geht es durchaus nur darum, staatliche Eingriffe in grundrechtsgeschützte Tätigkeiten auf öffentlichem Grund abzuwehren.

Die Grundrechtsausübung im Bereiche öffentlicher Sachen stösst allerdings auf Schranken, die einer differenzierenden Betrachtungsweise zu unterziehen sind.

1. Polizeiliche Gefahrenabwehr als Schranke

Grundrechtsbetätigung auf öffentlichem Grund unterliegt wie jede andere Grundrechtsausübung zunächst den allgemeinen polizeilichen Schranken (47). Grundrechte stehen insoweit unter dem Vorbehalt der Beschränkungen, "die sich aus den Anforderungen der öffentlichen Ordnung im Sinne der öffentlichen Sicherheit, Ruhe, Sittlichkeit und Gesundheit ergeben" (48).

Polizeiliche Eingriffe in Grundrechte müssen auf gesetzlicher Grundlage beruhen - wobei unter Umständen die polizeiliche Generalklausel genügt (49) - haben verhältnismässig und gegen den Störer gerichtet zu sein (50).

46) BGE 100 Ia 402

47) BGE 102 Ia 53; 100 Ia 402

48) BGE 101 Ia 150; 96 I 589; zu den polizeilichen Schranken von Demonstrationen ausführlich Bosshart, 165ff

49) BGE 101 Ia 256; vgl. auch Stalder, 132, der die berechtigte Forderung erhebt, die polizeiliche Generalklausel sei durch die vor allem kantonale Polizeigesetzgebung zu konkretisieren und zu begrenzen.

50) Vgl. dazu ZBL 77 (1976), 40

2. Andere öffentliche Interessen als Schranke

Darüber hinaus darf Grundrechtsbetätigung auf öffentlichem Grund den Schranken des öffentlichen Sachenrechtes unterstellt werden (51).

Das gilt dann nicht, wenn sich die gewählte Benützungsform als schlichter Gemeingebrauch erweist; in diesem Fall stellt auch die Bewilligungspflicht einen unverhältnismässigen Eingriff dar (52).

Zu erinnern ist in diesem Zusammenhang wiederum an BGE 100 Ia 396, wo das Bundesgericht in Betracht zieht Benützungsformen, die sich zwar nicht mehr mit dem widmungsmässigen Zweck decken, aber "den Hauptzweck der Strasse oder des Platzes nicht beeinträchtigen und keine Kontrolle oder spezielle Ueberwachung erfordern", zum bewilligungsfreien Gemeingebrauch zu zählen. Nach dieser weiteren Fassung wäre etwa das Verteilen von Flugblättern (53) oder das Plakattragen noch als schlichter Gemeingebrauch zu qualifizieren (54). Diese Entwicklung der Rechtsprechung ist zu begrüßen. Indem sie – zulasten des Kriteriums der Zweckbestimmung – vermehrt auf das Kriterium der Gemeinverträglichkeit abstellt, ist sie geeignet, den Umfang des bewilligungsfreien schlichten Gemeingebrauches zu erweitern.

Das Kriterium der Zweckbestimmung der öffentlichen Sache bleibt insofern relevant, als eine Benützungsform, wenn sie Gemeingebrauch bleiben will, zwar die Zweckbestimmung einer Sache übersteigen, nicht aber beeinträchtigen darf. Dies macht deutlich, dass unter Umständen entscheidende Bedeutung der Frage zukommt, was denn eigentlich die Zweckbestimmung der öffentlichen Strassen und Plätze ist. In der Lehre werden Verkehrs-, Anbau- und Wirtschaftszweck genannt (55). Es fragt sich, ob diese formelhafte Umschreibung nicht zu eng ist und den heutigen Gegebenheiten noch entspricht (56). Sinnvoller wäre, jeweils auf die konkreten Um-

51) BGE 102 Ia 53; 100 Ia 402

52) BGE 96 I 589; ZBL 77 (1976) 36ff; bei der HGF ist jeweils zu untersuchen, ob sich die Bewilligungspflicht aus Gründen des öffentlichen Sachenrechtes oder aus gewerbepolizeilichen Ueberlegungen ergibt; vgl. dazu BGE 99 Ia 392. Ebenfalls können Veranstaltungen auf privatem Grund natürlich nur aus polizeilichen Gründen, bei denen es sich zusätzlich um besonders wichtige handeln muss, beschränkt werden (BGE 103 Ia 312).

53) Im Entscheid Aleinick hat das Gericht noch offen gelassen, wie das Verteilen von Flugblättern strassenrechtlich zu qualifizieren sei (BGE 96 I 592). Vgl. aber neuerdings EuGRZ 6 (1979) 349f.

54) Bis jetzt wurde auch die strassenrechtliche Qualifikation der Strassenprostitution offen gelassen (BGE 101 Ia 477)

55) Zürcher, 3; Bosshart, 79; beide m.w.H.

56) Vgl. dazu Forsthoff, Verwaltungsrecht, 392f

stände und die besonderen Verhältnisse des Ortes abzustellen (57). Das würde erlauben, in einer differenzierten Betrachtungsweise auch z.B. die Ausübung der Meinungsäusserungsfreiheit als vom Zweck der öffentlichen Sache gedeckt zu betrachten: So sind Plätze, Parks und Trottoirs, auch gewisse Strassen - man denke nur an die in Städten immer wichtiger werdenden Fussgängerzonen und Wohnstrassen - eben auch Orte, die von ihrem Zweck her auf zwischenmenschliche Kommunikation angelegt sind (58) während dies zum Beispiel bei Autobahnen offensichtlich nicht der Fall ist. Angesichts vielfältiger Nutzungsformen des öffentlichen Grundes (59) scheint es mir immer problematischer zu werden, mit einem schematischen Zweckbestimmungsraster Unterscheidungen treffen zu wollen: wünschbar wäre, grundsätzlich von einem möglichst weiten Spektrum zulässiger Zweckbetätigungen auszugehen und für den Umschlag von schlichtem in gesteigerten Gemeingebrauch vermehrt auf das Kriterium der Gemeinverträglichkeit abzustellen, d.h. eine schlichten Gemeingebrauch übersteigende, bewilligungspflichtige Tätigkeit vor allem dort anzunehmen, wo andere von der gleichzeitigen Inanspruchnahme ausgeschlossen oder erheblich eingeschränkt werden.

Ist demnach eine Grundrechtsausübung auf öffentlichem Grund nicht mehr gemeinverträglich, so ist sie als gesteigerter Gemeingebrauch zu qualifizieren und mithin einer Bewilligungspflicht zu unterstellen.

Im Bewilligungsverfahren kommt zum Ausdruck, dass die Grundrechte - Konsequenz der Inanspruchnahme öffentlichen Grundes - zusätzlich den Schranken des öffentlichen Sachenrechtes unterliegen, indem nämlich die Interessen der Grundrechtsträger, seien sie nun gewerblich oder ideell motiviert, sich auch an Erwägungen einer zweckmässigen Nutzung der vorhandenen öffentlichen Anlagen im Interesse der Allgemeinheit und der Anwohner messen lassen

57) In diesem Sinne wohl auch Imboden/RhinowII 821; Forsthoff, a.a.O.; Knapp, 425; problematisch indessen Bosshart, 133, der von vornherein einen grundsätzlichen Vorrang des Strassenverkehrs aus der Zweckbestimmung der öffentlichen Sache ableitet.

58) So auch das Aargauer Verwaltungsgericht in ZBL 77 (1976) 41. Auch Aubert, *liberté d'opinion*, 440 weist darauf hin, dass die Strassen neben dem Verkehrszweck auch eine soziale Funktion erfüllen. Wenn demgegenüber das Bundesgericht in BGE 100 Ia 397 den Hauptzweck von Plätzen und Fussgängerzonen in "Ruhe, Erholung und freiem Zirkulieren der Fussgänger" erblickt, so entspricht dies einer allzu 'saturierten' Auffassung über die Bedeutung dieser Orte.

59) Zum Zusammenhang von technischem Fortschritt und verschiedensten Nutzungsformen vgl. Forsthoff, a.a.O., 392.

müssen. Insoweit kann das Bewilligungsverfahren als ein Verfahren der gegenseitigen Zuordnung der involvierten Interessen bezeichnet werden (60).

Nun macht gerade der Anlass des Bewilligungsverfahrens, nämlich die mangelnde Gemeinverträglichkeit einer Grundrechtsausübung deutlich, dass nur in den seltensten Fällen eine problemlose gegenseitige Zuordnung im Sinne eines reibungslosen Nebeneinanders verschiedener Tätigkeiten auf öffentlichem Grund erreicht werden kann, vielmehr muss eine Betätigungsform zugunsten einer anderen zurücktreten. Eine eigentliche Prioritätenordnung muss aufgestellt, mithin eine Durchbrechung der öffentlichrechtlichen Nutzungsordnung in Kauf genommen werden (61).

Untersucht man die involvierten Interessen näher, so stösst man einerseits auf die Interessen derjenigen, die gestützt auf die Meinungsäusserungs-, Versammlungs- oder Handels- und Gewerbefreiheit vom öffentlichen Grund gesteigert Gebrauch machen wollen und andererseits auf diejenigen der Allgemeinheit und der Anwohner.

Der letzteren Gruppe wird es vor allem um die Leichtigkeit des Verkehrs oder um Ruhe- und Erholungsbedürfnisse gehen (62). Diese Interessen können ihrerseits durchaus als von der persönlichen Freiheit erfasst und geschützt betrachtet werden (63). Konsequenz dieser Sicht ist, dass die Kollision privater Interessen mit solchen des öffentlichen Sachenrechts sich in ein Problem der Grundrechtskollision verwandelt (64).

60) Zur Interessenabwägung als einem das gesamte Staats- und Verwaltungsrecht beherrschenden Grundsatz vgl. BGE 104 Ia 97.

61) ZBL 77 (1976) 42

62) Vgl. BGE 102 Ia 55ff, 100 Ia 397

63) So bezeichnet Meier-Hayoz, Berner Kommentar zum schweiz. ZGB, Grundeigentum I Art. 655 - 679, 3.A.Bern 1965 bei Rn 28 zu Art. 664 die Teilnahme am Gemeingebrauch als Betätigung der persönlichen Freiheit.

Denkbar ist auch, dass die HGF tangiert ist: so wenn ein Gewerbetreibender einen anderen in seiner Tätigkeit auf öffentlichem Grund behindert.

64) So auch teilweise die deutsche Lehre, die vor allem im Zusammentreffen von Demonstrationen mit dem Strassenverkehr eine Kollision von Versammlungsfreiheit und der durch Art. 2 Abs. 2 GG geschützten Fortbewegungsfreiheit sieht. So Dietel/Gintzel, Demonstrations- und Versammlungsfreiheit, Kommentar zum Gesetz über Versammlungen und Aufzüge ... 2. A. Köln u.a. 1970 § 15 N 60ff. Ablehnend Bosshart, 133.

Nach welchen Kriterien sind hier die Prioritäten zu setzen ? Sicher ist, dass es in keinem Fall darum gehen kann, in einem abstrakten Abwägungsprozess die involvierten Grundrechte gegeneinander auszuspielen und eines auf Kosten des anderen zu realisieren (65). Hier wie anderswo ist - statt vorschneller Rechtsgüterabwägung - eine Lösung anzustreben, die dem Prinzip praktischer Konkordanz Rechnung trägt (66).

Beim Vorgang gegenseitiger Zuordnung verschiedener Grundrechtsinteressen ist zunächst davon auszugehen, dass es auf keiner Seite konstante Grössen gibt. Letztlich handelt es sich immer um Variablen, die erst im konkreten Fall das Mass an Konturen annehmen, das eine verantwortbare Zuordnung erlaubt (67). Die konkrete Fallkonstellation liefert die zusätzlichen Gesichtspunkte, die es erlauben, eine - in abstrakter Sicht - unversöhnliche Kollisionssituation juristisch zu bewältigen.

So kann die Eignung des beanspruchten Grundes für die vorgesehene Tätigkeit eine Rolle spielen (68); dann ist vorstellbar, dass sich Grundrechtsinteressen mit öffentlichen Anliegen treffen und diese Kumulation einen Vorrang begründet (69). Zusätzliche Schranken können sich ergeben, wenn der gewünschte Ort nicht zu den Sachen im Gemeingebrach, sondern zum Verwaltungsvermögen

65) Hesse, Grundzüge, 28; Fischer, 183

66) Hesse, a.a.O., 28; Scheuner, Pressefreiheit, 53. Hier gilt, was das Bundesgericht grundsätzlich für Verfassungsnormen festgestellt hat: "les différentes normes constitutionnelles doivent être coordonnées et non subordonnées ..." (BGE 99 Ia 618)

67) So auch Fischer, 183

68) So begründen beispielsweise bei Autobahnen die Zweckbestimmung und vor allem die einschlägigen Vorschriften (SVG) einen solchen Vorrang des Strassenverkehrs, dass für Demonstrationen grundsätzlich kein Platz bleibt. Zu der konkreten Interessenabwägung, die bei Demonstrationen vorzunehmen ist, vgl. Bosshart, 134f.

69) So etwa im Falle des Taxihalters, der mit einem 24-stündigen Fahrdienst auf öffentlichem Grund zugleich auch eine im öffentlichen Interesse liegende dauernde Fahrgelegenheit bietet (BGE 99 Ia 401f).

gehört (70) oder wegen der natürlichen Beschränktheit des zur Verfügung stehenden Raumes (71).

Soweit demonstrative Veranstaltungen auf privatem Grund wider den Willen des Grundeigentümers zu beurteilen sind, steht für das Bundesgericht fest, "que le propriétaire civil peut, en vertu de son droit de propriété, s'opposer à ce qu'une réunion ait lieu sur son fonds sans son consentement" (72). Das Gericht ordnet damit in absoluter Weise die Meinungsäusserungsfreiheit der Eigentumsgarantie unter. Erwähnenswert ist, dass die amerikanische Praxis sich differenzierter darstellt: Grundsätzlich geht zwar auch sie davon aus, dass niemand das Eigentum eines anderen ohne dessen Zustimmung für Kundgebungen in Anspruch nehmen darf. Der Supreme Court hat aber in Fällen, wo privates Eigentum eigentliche Funktionen öffentlichen Grundes erfüllt, z.B. als öffentlicher Durchgang oder Sammelplatz dient, die Meinungsäusserungsfreiheit beträchtlich zulasten der Eigentümerbefugnisse ausgeweitet (73).

Schliesslich kann aber auch der besondere Gehalt der berührten Freiheitsrechte bei der im Bewilligungsverfahren vorzunehmenden Interessenabwägung eine Rolle spielen.

70) So richtet sich der Anspruch auf Benützung der Räume einer Universität nach Massgabe des Zweckes der Anstalt. (vgl. BGE 98 Ia 362ff und Haller, Lehrfreiheit, 141). Das Bundesgericht hat festgestellt, dass die Räume einer Universität dem ordentlichen Lehr- und Forschungsbetrieb vorbehalten sind (a.a.O., 368) und deshalb die Rüge von Studenten abgelehnt, die das Regulativ zur Benützung der Räume der Universität Zürich wegen sehr weitgefasster Einschränkungenmöglichkeiten studentischer Meinungsäusserung in Universitätsräumen ausserhalb des Lehrbetriebes anfochten.

Diese enge Auffassung über Zweck und Aufgabe der Universität ist problematisch. Zu Recht fragt Morand, *tendances*, 54: "Etait-il judicieux de sanctionner un arrêté qui refuse aux étudiants le droit de s'exprimer à l'intérieur de l'Université, alors que celle-ci est, selon les meilleurs traditions, le carrefour privilégié où les idées les plus divers se rencontrent?"

71) Vgl. dazu BGE 99 Ia 398

72) BGE 97 I 914

73) Vgl. *Marsh v. Alabama*, 326 U.S. 501 und *Amalgamated Food Employees v. Logan Valley Plaza, Inc.*, 391 U.S. 308. Zu beiden Entscheiden findet sich eine ausführliche Darstellung bei Stalder, 146ff.

Mit diesem letzten Punkt ist das heikle Problem einer Rangordnung unter verschiedenen Grundrechten oder Grundrechtskategorien angesprochen. Eine Hierarchie wird vor allem dann wichtig und diskutiert, wenn ideelle Grundrechte (74) mit staatlichen oder privaten Interessen kollidieren, so dass der eine verfassungsmässige Wert hinter den anderen zurücktreten muss. Hier stellt sich die Frage, ob den ideellen Grundrechten eine "preferred position" (75) zukomme (76). Das Bundesgericht hat im bekannten *Aleinick-Entscheid* der Meinungsäusserungsfreiheit "une place à part dans le catalogue des droits individuels" zugewiesen und "un traitement privilégié de la part des autorités" gefordert (77). In nachfolgenden Urteilen steckt das Ge-

-
- 74) *Grisel, Juridiction constitutionnelle*, 223, versteht darunter die Meinungsfreiheit in ihren vielfältigen Erscheinungsformen.
- 75) Vgl. zur preferred position - Doktrin die rechtsvergleichende Darstellung der Rechtssprechung des amerikanischen Supreme Court und des schweizerischen Bundesgerichtes von Stalder, "Preferred Freedoms" - Das Verhältnis der Meinungsäusserungsfreiheit zu den anderen Grundrechten, Bern, 1977; vgl. auch Ehmke, *Wirtschaft und Verfassung*, Karlsruhe, 1961, 437ff sowie ders., *Prinzipien der Verfassungsinterpretation*, VVDStRL 20 (1963) 76ff.
- 76) Die Frage einer Rangordnung, einer preferred position von Grundrechten ist zu unterscheiden von dem allerdings in vielem gleich gelagerten Sachverhalt, der gemeinhin als "Grundrechtskonkurrenz" bezeichnet wird. Dabei geht es darum, dass ein Bürger, der sich durch einen Hoheitsakt verletzt fühlt, mehrere Grundrechte als verletzt behauptet. Es stellt sich dann die Frage, wie die einzelnen Grundrechte einander zugeordnet werden sollen, was vor allem dann wichtig wird, wenn sie schrankendivergent sind. (Vgl. dazu neuerdings Gygi, *Grundrechtskonkurrenz*, 61ff und Fischer, 166ff; der Begriff der Grundrechtskonkurrenz taucht in der bundesgerichtlichen Terminologie erstmals in BGE 101 Ia 256 auf.) Gygi postuliert für diese Fälle die ausschliessliche Zuordnung des jeweiligen Sachverhaltes zu einem Grundrecht "nach dem vorherrschenden oder engeren Sachzusammenhang" (a.a.O., 67) und will so dem Problem der Grundrechtsüberschneidung aus dem Weg gehen. Uns hingegen interessiert die Frage einer Rangordnung für den Fall, wo verschiedene Grundrechte verschiedener Berechtigter aufeinander stossen.
- 77) BGE 96 I 592; zur früheren Rechtsprechung unter dem Gesichtspunkt einer preferred position, vgl. Stalder, 124ff.

richt allerdings merklich zurück, und heute kann als ständige Rechtsprechung gelten, dass die staatlichen Organe in ihrer Tätigkeit "dem besonderen Gehalt" der ideellen Grundrechte Rechnung zu tragen haben (78). Ein Verständnis der ideellen Grundrechte als preferred freedoms, wie es sich in der Rechtsprechung des Supreme Court findet (79), hat sich das Gericht indessen nicht zu eigen gemacht (80, 81). Das Problem bei der preferred position - Doktrin liegt letztlich darin, dass sie unter Grundrechten eine Wert- reps. Interessenrangordnung statuiert, für die jegliche normative Anhaltspunkte fehlen (82); zudem ist, wie be-

-
- 78) EuGRZ 6 (1979) 349f; BGE 102 Ia 53; 100 Ia 402; der Hinweis fehlt allerdings in 101 Ia 256
- 79) Dazu eingehend Stalder, 69ff; zur Frage, ob der VE einigen Grundrechten ein Vorrang vor anderen einräumt, J.P. Müller, Grundrechtstheorie, 278.
- 80) Stalder, 128, 162; Saladin, Grundrechte, 329, 380. Innerhalb der wirtschaftlichen Grundrechte hat das Gericht eine Höherrangigkeit der HGF über die Eigentumsgarantie oder umgekehrt abgelehnt (BGE 99 Ia 614 E4); das schliesse jedoch nicht aus, dass sie sich berühren oder überschneiden.
- 81) Immerhin ist zu beachten, dass das Bundesgericht mit der von ihm geschaffenen Kategorie der "unverzichtbaren und unverjähmbaren Rechte" eine besondere Klasse von Grundrechten geschaffen hat (vgl. dazu Leuenberger, Die unverzichtbaren und unverjähmbaren Grundrechte in der Rechtsprechung des schweiz. Bundesgerichtes, Bern 1976). Zu ihnen gehören nach der bisherigen Rechtsprechung die persönliche Freiheit (BGE 100 Ia 193), die Niederlassungsfreiheit, die Gewissens- und Kultusfreiheit, die Ehefreiheit, das Verbot des Schuldverhaftes und das Verbot der Körperstrafen (vgl. zu allen BGE 97 I 916). Ihre Bedeutung liegt vor allem auf verfahrensrechtlichem Gebiet, indem bei einer Verletzung die staatsrechtliche Beschwerde auch gegen Vollzugsverfügungen und Entscheide über Widererwägungsgesuche möglich ist; zudem können in umfassender Weise Nova vorgebracht werden (vgl. Marti, Staatsrechtliche Beschwerde, 37). Zu Recht wirft Marti, a.a.O., 38 dieser Rechtsprechung fehlende Differenzierung vor. Nach seiner Meinung sollte es weniger auf die Art des verfassungsmässigen Rechtes als auf die Intensität des Eingriffes ankommen.
- 82) Vgl. auch Gygi, Grundrechtskonkurrenz, 66. Dies hat das Bundesgericht für das Verhältnis von HGF und Eigentums-garantie ausdrücklich festgestellt: BGE 99 Ia 615.

reits erwähnt wurde, ein rational erkenn- und diskutierbares, konsensfähiges Vorzugssystem zur Bestimmung der Rangfolge von Grundrechtswerten nicht ersichtlich (83).

Man könnte an dieser Stelle immerhin einwenden, dass gerade die Tatsache, dass allgemein anerkannte, feststehende Wertordnungen fehlen und deshalb die Legitimation eines Ergebnisses des staatlichen Willensbildungsprozesses nicht so sehr auf der Uebereinstimmung mit materialen Wahrheiten beruht, sondern in erster Linie von der Güte und demokratischen Ausgestaltung des Verfahrens abhängt (84), dazu führt, demokratische Verfahrensgarantien in besonderer Weise zu schützen.

Gegen eine allgemeine Rangordnung spricht indessen, dass sich ohne Blick auf konkrete Sachverhalte nicht feststellen lässt, welche Werte oder Interessen den Vorzug verdienen (85). Deshalb bleiben allgemeine Aeusserungen über eine bevorzugte Stellung bestimmter Grundrechte oder Grundrechtsklassen neben ihrer fehlenden normativen Legitimation auch zwangsläufig inhaltsleer. Die konkret zu fällende Entscheidung zwischen kollidierenden Werten hat sich nach der je nach Situation schwankenden Stärke der Beteiligung der verschiedenen Werte zu richten (86): Neben der Interessenqualität, also der hierarchischen Einordnung eines

83) Vgl. vorne § 4 III Anm. 20ff und Fischer, 173. Dementsprechend unterscheiden sich die Ansichten, welches Grundrecht vor welchen anderen vorgehen soll. Saladin möchte speziell die Religionsfreiheit (Grundrechte, 23) und die Meinungsäusserungsfreiheit (a.a.O., 77, 329) geschützt sehen; Friesenhahn G 19 möchte danach unterscheiden, ob Grundrechte politische oder private Freiheit sichern, resp. ob von ihnen privatnützig oder im für die pluralistische Demokratie wesentlichen Meinungskampf Gebrauch gemacht wird. Gemeinhin verläuft die Trennlinie allerdings zwischen ideellen und materiellen Grundrechten, vgl. die Nachweise bei Stalder, 122; Ehmke, 76. Eine Begründung für diese besondere Beachtung der ideellen Grundrechte könnte in BGE 98 Ia 79 f gefunden werden, wo das Gericht die einschlägigen Garantien als "tragende Grundlagen der schweizerischen Demokratie" bezeichnet und sie damit in Zusammenhang mit einem der obersten Verfassungsprinzipien stellt.

84) Rupp, 184

85) Vgl. dazu eingehend Rehbindner, Die öffentliche Aufgabe und rechtliche Verantwortlichkeit der Presse, Berlin, 1962 24ff; zu den Möglichkeiten, die diesbezüglich die sog. Folgendiskussion eröffnet, vgl. vorne § 4 III Anm. 22ff.

86) Fischer, 174

Wertes, wird auch die Interessenquantität bestimmend (87). Zusätzliche Gesichtspunkte liefern - gerade im Bereich des öffentlichen Sachenrechtes - andere konkrete Fallumstände (88).

In diesem Zusammenhang kann auf BGE 101 Ia 258 hingewiesen werden, wo das Bundesgericht ein durch Angst vor zunehmender Abtreibungsdelinquenz motiviertes Reklameverbot für einen Film, der eine neue Abtreibungsmethode vorstellte, mit der Begründung aufhob: "le problème de l'avortement dépasse donc, à l'heure actuelle, le cadre de la morale individuelle pour prendre l'aspect de politique nationale". Angesichts der aktuellen Abtreibungsdiskussion habe das vom Regierungsrat angerufene öffentliche Interesse (Verhinderung weiterer Abtreibungsdelinquenz) hinter das überwiegende Interesse der Öffentlichkeit an Information zurückzutreten. Die konkrete Situation führt zu einem Ergebnis, das ganz anders ausfällt, als wenn auf abstrakter Ebene die Meinungsäusserungsfreiheit gegen strafrechtlich geschützte Güter 'abgewogen' worden wäre.

3. Exkurs: Zulassung zu öffentlichen Anstalten

Die Benützung öffentlichen Grundes hat sich - ausgehend von einem konstitutiven Verständnis von Verfassungsprinzipien - bis anhin als reines Eingriffsproblem dargestellt: Der grundsätzlich zu bejahende Anspruch auf Benützung öffentlichen Grundes findet seine Grenzen zunächst an den allgemeinen polizeilichen Vorbehalten, zusätzlich begrenzend wirken sich die Schranken des öffentlichen Sachenrechtes aus.

Meines Erachtens sind grundsätzlich die gleichen Überlegungen beim Anspruch auf Zulassung zu öffentlichen Anstalten anzustellen (89).

Demgegenüber hat das Bundesgericht in einem neuesten Entscheid ein subjektives Recht auf Anstaltsbenützung abgelehnt (90); bereits früher hat es die von der herrschenden Lehre bejahte Frage, ob dem vom Gemeinwesen statuierten Benützungszwang ein Benützungsrecht entspreche (91), offengelassen (92).

87) Rehbindner, a.a.O., 61

88) So wie sie sich vorne bei Anm. 68ff dargestellt finden.

89) Auf die Parallelität zwischen der Regelung der Zulassung zu öffentlichen Anstalten und der Bewilligung zu gesteigertem Gemeingebrauch an öffentlichen Strassen und Plätzen hat das Bundesgericht in BGE 100 Ia 293 hingewiesen.

90) BGE 103 Ia 379

91) Vgl. die Literaturhinweise in BGE 103 Ia 379, 92 I 510ff; Hinweise auf die abweichende Praxis anderer Gerichte bei Imboden/Rhinow II 1041ff.

92) BGE 92 I 510ff

Anstalten sind indessen wie die öffentlichen Sachen im Gemeingebrauch kein Ort originärer Staatlichkeit, sondern Bereiche, in die die Rechtstellung des Bürgers ausstrahlt; insoweit ist grundsätzlich von einem subjektiven Recht auf Anstaltsbenützung auszugehen (93).

Allerdings ist auch dieser Anspruch in besonderer Weise beschränkt: Er findet seine Grenze insbesondere an der Leistungsfähigkeit der Anstalt (94). Nicht möglich erscheint - wie bereits im Zusammenhang mit dem *numerus clausus* ausgeführt - gestützt auf Grundrechte beim Richter einen Ausbau der Anstalt zu verlangen (95).

D. Leistungsaspekte im Bereich der Grundrechtsausübung auf öffentlichem Grund

Bis jetzt hat sich die Grundrechtsausübung auf öffentlichem Grund nicht als Problem staatlicher Leistungsgewähr dargestellt, sondern als ein Mehr an Einschränkungen, das der Grundrechtsträger in Kauf nehmen muss.

Das heisst nicht, dass staatliche Leistungsgewährleistung nicht relevant werden kann: Wer gesteigerten Gemeingebrauch verlangt, hat sich einem Bewilligungsverfahren zu unterziehen, in dem nach objektiven Gesichtspunkten eine Interessenabwägung erfolgt. In bestimmten Fällen - letztlich erst im konkreten Fall eruierbar - kann auf der einen Seite eine derartige Interessenmassierung vorliegen, dass eine Durchbrechung der öffentlichrechtlichen

93) Vgl. dazu auch J.P. Müller, ZBJV 115 (1979), 120f; unklar Fleiner, Verwaltungsrecht, 339

94) Fleiner, a.a.O., 339; Imboden/Rhinow, a.a.O.; BGE 103 Ia 373, 104 Ia 308; vgl. auch BGE 92 I 511, wo das Gericht ausführt, dass die Verpflichtung einer Anstalt zur Zulassung von Bürgern "jedenfalls dort ihre Grenze findet, wo das Leistungsvermögen der Anstalt aufhört. Die Grenzen der Leistungsfähigkeit der Anstalt sind dann erreicht, wenn sie nicht mehr in der Lage ist, den ihr gesetzten Zweck zu erfüllen". Zu weiteren Begrenzungen des Benutzerkreises, die vor Art. 4 BV standhalten, vgl. vorne § 8 III A 1 Anm. 5ff.

95) Vgl. vorne § 7 II

Nutzungsordnung gerechtfertigt ist: Der gesteigerte Gemeingebrauch setzt sich zu Lasten des schlichten Gemeingebrauches durch.

Damit hat es jedoch nicht sein Bewenden. Um die Beeinträchtigung nicht übermässig werden zu lassen, mithin ein möglichst reibungsloses Nebeneinander verschiedener Nutzungsformen zu erreichen, sind von staatlicher Seite her einschlägige Massnahmen erforderlich.

Dazu ein Beispiel: Bei Demonstrationen ergibt sich die Notwendigkeit polizeilicher Kontrolle, ja eines eigentlichen polizeilichen Ordnungsdienstes (96). Insbesondere werden spezifische Verkehrsregelungen oder vorübergehende Umleitungen erforderlich, welche den ungestörten Ablauf der Demonstration unter grösstmöglicher gleichzeitiger Wahrung der Interessen des Verkehrs sichern sollen (97): Die Polizei leitet dem Demonstrationzug durch den Verkehr (98).

Dies ist nur mit einem entsprechenden personellen Aufwand möglich. Der Staat duldet nicht nur, er leistet.

Der Sachverhalt hat eine gewisse Aehnlichkeit mit der in § 6 II A behandelten Verpflichtung polizeilicher Organe zum Tätigwerden. Während dort der widerrechtlich handelnde Störer den Anlass für polizeiliches Handeln setzt, das erst die Grundrechtsausübung sicherstellt, liegt hier das auslösende Moment in der spezifischen Situation, die sich daraus ergibt, dass auf öffentlichem Grund und Boden mehrere rechtmässige Grundrechtsausübungen kollidieren. Insoweit kann auch gesagt werden, dass das staatliche Tätigwerden im Interesse aller involvierter Grundrechtsträger liegt. Um beim Beispiel zu bleiben: Die Verkehrsregelung nützt letztlich den Demonstranten und den Verkehrsteilnehmern.

96) BGE 100 Ia 397

97) Bosshart, 106; die gesetzliche Ermächtigungsnorm findet sich in SVG Art. 3 Abs. 6: "In besonderen Fällen kann die Polizei die erforderlichen Massnahmen treffen, namentlich den Verkehr vorübergehend beschränken oder umleiten".

98) Dies wird beispielsweise auch bei gewerblichen Transporten grossdimensionierter Güter notwendig.

Die staatliche Leistung erscheint indessen nicht als Ausfluss einer grundrechtlich gesicherten subjektiv-positiven Berechtigung, sondern ist vielmehr als reflexartiger Ausfluss (99) der sich aus der kantonalen Hoheit über öffentliche Sachen ergebenden Aufsichts- und Ueberwachungspflicht der entsprechenden kantonalen Organe zu betrachten.

99) Vgl. allgemein zu den Reflexrechten Fleiner, Institutionen des deutschen Verwaltungsrechtes, 8 A. 1928, 172ff, insbes. 176; O. Bachof, Reflexwirkung und subjektive Rechte im öffentlichen Recht, in: Gedächtnisschrift für W. Jellinek 1955, 287ff.

III. Mittelbar grundrechtsrelevante Leistung im Bereich der Untersuchungshaft und Strafgefängenschaft

A. Allgemeines

In der staatsrechtlichen Literatur werden bundesgerichtliche Urteile im Zusammenhang mit der (Grund-)Rechtsstellung Gefangener als Belege für die Möglichkeit genannt, aus Grundrechten positive Ansprüche abzuleiten.

Für P. Saladin signalisiert das Angewiesensein der Bürger auf staatliche Leistung, wenn er in Gefängnissen eine menschenwürdige Existenz führen will, den "graduellen Uebergang zwischen Sozial- und Freiheitsrechten" (1); auch J.P. Müller hält fest: "Leistungsansprüche hat das Bundesgericht namentlich auch für die Verwirklichung der Grundrechte in sog. besonderen Rechtsverhältnissen abgeleitet, so etwa für den Untersuchungsgefangenen zur Verwirklichung seiner persönlichen Freiheit, seiner Bewegungsfreiheit oder seiner Informationsfreiheit" (2).

Um es gleich vorwegzunehmen: In dieser allgemeinen Form halte ich die These für problematisch. Die Rechte und Ansprüche Gefangener gegenüber der mit dem Vollzug befassten Organe (3) zeichnen sich durch Besonderheiten aus, die es verbieten, sie in einem Atemzug vor allem mit den vorne behandelten originären Leistungsrechten zu nennen. Vieles spricht sogar dafür, hier grundsätzlich ein - allerdings spezifisch modifiziertes, um positive Gehalte angereichertes - Abwehrproblem anzunehmen.

Betrachten wir uns jedoch zunächst die hier interessierenden Leistungen näher.

B. Die einzelnen Leistungen

Nach der neueren Rechtsprechung garantiert die persönliche Freiheit nicht nur das Recht auf freie Bewegung und körperliche

1) Saladin, Grundrechte, XX

2) J.P. Müller, Grundrechtstheorie, 266, Anm. 6, mit - allerdings oftmals nicht überzeugenden - Hinweisen auf die einschlägige Rechtsprechung des BGer.

3) Der Vollzug wird sachlich einhellig als ein Stück Verwaltung angesehen, vgl. Schüler-Springorum, 39 m.w.H.

Unversehrtheit (4), "sondern schützt den Bürger vielmehr auch in der ihm eigenen Fähigkeit, eine bestimmte tatsächliche Begebenheit zu würdigen und danach zu handeln" (5).

Der Gefangene geht grundsätzlich seiner persönlichen Freiheit nicht verlustig (6), von ihr wird ein menschenwürdiger, von schikanösen und sachlich nicht begründeten Eingriffen freier Vollzug der Untersuchungshaft sowie von Strafen und Massnahmen verlangt (7). Beschränkt eine Gefängnisordnung oder eine Anordnung des Aufsichtspersonals weitere Grundrechte - häufig ist etwa auch die Meinungsäusserungsfreiheit involviert - so ist der Hoheitsakt auch an diesen Gewährleistungen zu messen (8).

In Konkretisierung dieser Leitsätze hat das Bundesgericht auf Klage direkt oder virtuell (9) Betroffener entschieden

- 4) So die Rechtsprechung bis zur Praxisänderung in BGE 90 I 36; über die historische Entwicklung der persönlichen Freiheit informieren K. Spoendlin, Die verfassungsmässige Garantie der persönlichen Freiheit, Zürich, 1945, 20ff und H.J. Renfer, Das Grundrecht der persönlichen Freiheit, Diss. Basel (Maschinenschrift) 1972, 22ff.
- 5) BGE 90 I 36; 97 I 49. Eine besonders weite Formulierung findet sich in BGE 97 I 842, wo das Grundrecht als "Freiheit, über seine Lebensweise zu entscheiden, insbesondere seine Freizeit zu gestalten, Beziehungen zu seinen Mitmenschen anzuknüpfen und sich Kenntnis über das Geschehen in seiner näheren und weiteren Umgebung zu verschaffen" gedeutet wird. BGE 101 Ia 346 spricht darauf bezugnehmend von "sehr weitgehenden Formulierungen" (mit Hinweis auf die Kritik von H. Huber in SJZ 69 (1973), 113ff). BGE 102 Ia 282 und 303 zufolge schützt die persönliche Freiheit über die Bewegungsfreiheit und körperliche Integrität hinaus "alle elementaren Erscheinungen menschlicher Persönlichkeit, die nicht durch andere Grundrechte der BV gewährleistet sind". BGE 103 Ia 295 knüpft dann wieder an die Formulierungen in BGE 97 I 842 an.
- 6) Im Vollzug ist grundsätzlich von der Beibehaltung und Ausübbarkeit aller Grundrechte auszugehen (vgl. Tiedemann, 127; Veit, 32f m.w.H.). Es ergeben sich nur Besonderheiten bei der Begrenzung der Grundrechte durch die Natur des jeweiligen Sonderstatusverhältnisses (Hesse, Grundzüge, 138f).
- 7) BGE 102 Ia 304, 283 m.w.H.
- 8) BGE 101 Ia 148ff
- 9) So bei den bekannten Minelli-Entscheiden, BGE 99 Ia 262ff und 102 Ia 279ff.

(10), dass:

- wegen der vorrangigen Bedeutung der körperlichen Betätigung für die physische und psychische Gesundheit von der persönlichen Freiheit her gefordert sei, dass Gefangene nach 1 Woche Haftdauer täglich eine halbe Stunde an der frischen Luft spazieren können. "Falls sich der Zürcher Kasernenhof für einen täglichen Spaziergang der Häftlinge nicht eignet, so sind die Gefangenen (...) in das 500 m entfernte Bezirksgefängnis zu überführen, sei es für den ganzen Rest der Haft, sei es für die tägliche Bewegung im Freien. Soweit zusätzliches Bewachungspersonal erforderlich ist, muss es rekrutiert werden" (11).

- es unzulässig sei, auf einen Rekurs einer Untersuchungsgefangenen, die das Nichtaushändigen einer italienischen Zeitschrift rügte, nicht einzutreten, weil die Beschwerdeführerin nicht - wie von ihr als Eintretensvoraussetzung gefordert - eine Uebersetzung der Zeitschrift auf ihre Kosten veranlasste. Vielmehr habe, so stellte das Gericht unter dem Titel 'persönliche Freiheit' fest, die Verwaltung durch einen ihrer Beamten selber eine Uebersetzung anzufertigen und nachher zum Rekurs materiell Stellung zu nehmen (12).

10) Im folgenden wird nur auf die unter Leistungsgesichtspunkten interessierenden Aspekte der einschlägigen Urteile eingegangen. Eine detaillierte Auseinandersetzung mit der Rechtstellung von Untersuchungs- und Strafgefangenen ist vom Thema der Arbeit her nicht mehr gedeckt. Vgl. diesbezüglich P. Aebersold, Der Zweck des Strafvollzuges und die Rechtstellung des Gefangenen, in: FS zum Schweiz. Juristentag 1973, Basel, 1973, 169; R. Hauser, Die Untersuchungshaft im Lichte des Verfassungsrechts und der Menschenrechtskonventionen, ZStrR 95 (1978) 225ff; G. Hug, Wo liegt die Grenze der persönlichen Freiheit? Zürich 1976, 219ff; aus Deutschland: H. Schüler-Springorum, Strafvollzug im Uebergang, Göttingen, 1969; K. Tiedemann, die Rechtstellung der Strafgefangenen nach französischem und deutschem Verfassungsrecht, Bonn 1963 und W. Veit, die Rechtstellung des Untersuchungsgefangenen, dargestellt am Modell des Briefverkehrs, Frankfurt/M 1971.

11) BGE 102 Ia 292

12) BGE 103 Ia 165ff

- ein einmaliger wöchentlicher Zeitungs- und Bücherbezug aus der Gefängnisbibliothek, der erst nach einer Haftdauer von einer Woche gewährt wird, nicht gegen Grundrechte verstosse (13).
 - von Verfassungen wegen für die Gefangenen eine einwandfreie medizinische Betreuung gewährleistet sein müsse (14).
- Weitere Ansprüche etwa bez. Verpflegung (15), Arbeitsmöglichkeit (16), Ausstattung von Zellen, Arbeitsräumen und sanitären Anlagen (17) können aktuell werden.

C. Ueberlegungen zur Rechtsnatur der Leistungen

1. Gefangenschaft als Eingriff in die Grundrechtssphäre

Gefangenschaft gehört zu den schwersten Eingriffen in die Grundrechtssphäre des Bürgers überhaupt (18). Betroffen sind vor

-
- 13) BGE 102 Ia 293f; 99 Ia 281f; 97 I 845f; sehr zurückhaltend zeigt sich das Gericht beim auswärtigen Bezug von Büchern (vgl. die neulich formulierten Grundsätze in BGE 102 Ia 295) und Zeitschriften (BGE 99 Ia 282f, 97 I 845f). Nicht ersichtlich ist, wo in BGE 96 IV 45f Leistungsprobleme auftauchen sollen (so aber J.P. Müller, Grundrechtstheorie, 266, Anm. 6). Die Anklagekammer hat in diesem Entscheid allein ein Verbot aufgehoben und einem Untersuchungsgefangenen erlaubt, den eigenen Radio- oder TV-Apparat mit Kopfhörer zu benutzen, aber ausdrücklich "jede Sonderleistung" der Anstalt (Anschluss an Stromnetz oder Antenne) abgelehnt. Wesentlich zurückhaltender haben sich dazu BGE 99 Ia 284f und 97 I 847f geäussert. BGE 102 Ia 296f betrachtet es dann wieder als grundrechtlich gefordert, dass Gefangene nach einer Woche Haftdauer "eigene, kontrollierte und plombierte Apparate in der Zelle" benutzen dürfen. Alles in allem handelt es sich beim Verbot der Benützung eigener Apparate in der Zelle um ein reines Eingriffsproblem. (Unklar auch, warum J.P. Müller, a.a.O., BGE 97 I 45ff, der sich mit der Vorenthaltung eigener Malutensilien durch die Gefängnisbehörde beschäftigt, als für die Leistungsproblematik wesentlichen Entscheid aufführt.)
- 14) BGE 102 Ia 308; ein generelles Verbot, sich während der Untersuchungshaft durch einen Arzt der eigenen Wahl untersuchen und behandeln zu lassen, ist verfassungswidrig (a.a.O., 305). Vgl. auch Hug, 235
- 15) Vgl. dazu R. Hauser, 268
- 16) Tiedemann, 143ff
- 17) Ders., 137
- 18) Dabei spielt es keine Rolle, ob es sich um Untersuchungshaft der um den Vollzug von Strafen und Massnahmen handelt.

allem die persönliche Freiheit (19), dann aber etwa auch die Meinungsäusserungsfreiheit (20).

Eingriffe in diese Grundrechte sind hier wie anderswo nur zulässig, wenn sie auf gesetzlicher Grundlage beruhen, im öffentlichen Interesse liegen und dem Gebot der Verhältnismässigkeit entsprechen (21).

Fest steht, dass der Freiheitsentzug als solcher, d.h. die Anordnung der Untersuchungshaft oder Strafgefängenschaft, wie auch Art und mögliche Höchstdauer derselben, in jedem Fall eine klare Grundlage in einem Gesetz im formellen Sinne haben muss (22).

Wird durch prozessualen Haftbefehl oder richterliches Urteil Freiheitsentzug angeordnet, so bedeutet das faktisch die Eingliederung in eine öffentliche Haftanstalt und rechtlich - um zunächst bei der überkommenen verwaltungsrechtlichen Terminologie zu bleiben - die Begründung eines "besonderen Gewaltverhältnisses". Durch die Eingliederung in eine Haftanstalt wird der Betroffene "in einer radikalen, umfassenden Weise in seiner persönlichen Freiheit und damit zwangsläufig auch in der Ausübung anderer Freiheitsrechte beschränkt" (23). Im Gegensatz zur Begründung des besonderen Rechtsverhältnisses bedürfen einzelne Beschränkungen, die sich aus der Natur des besonderen Rechtsverhältnisses ergeben, keiner gesetzlichen Grundlage im formellen Sinne mehr. Das Bundesgericht ist zunächst davon ausgegangen,

- 19) BGE 102 Ia 282; mit zu berücksichtigen sind die EMRK und die am 19. Jan. 1973 vom Ministerkomitee des Europarates beschlossene Resolution betreffend Mindestgrundsätze für die Behandlung der Gefangenen. Die Mindestgrundsätze enthalten zwar keine die Mitgliedstaaten des Europarates völkerrechtlich bindenden Vorschriften, sie sind aber, da Ausdruck gemeinsamer Rechtsüberzeugung, bei der Konkretisierung von Grundrechten der BV mitzuberücksichtigen (BGE 102 Ia 284).
- 20) Vgl. etwa BGE 101 Ia 148ff; detailliert prüft Tiedemann, 113ff, für jede grundrechtliche Position die Einschränkungen, die sich aus der Tatsache der Gefängenschaft ergeben.
- 21) BGE 99 Ia 267; vgl. auch Hug, 25ff
- 22) BGE 99 Ia 269
- 23) BGE 99 Ia 267

dass diese Eingriffe überhaupt keiner ausdrücklichen Regelung im Gesetz bedürfen (24). In grundsätzlicher Weise hat es das Gericht in BGE 99 Ia 268 E 4 als rechtsstaatlich gefordert bezeichnet, zumindest die wichtigsten mit Untersuchungshaft oder Strafvollzug verbundenen Freiheitsbeschränkungen durch ein Gesetz im materiellen Sinne zu regeln. Bedauerlicherweise ist es aber in späteren Urteilen wieder hinter die erreichte Position zurückgefallen (25). Nach der Rechtsprechung ist heute davon auszugehen, dass sich der Gefangene - ohne ausdrückliche gesetzliche Regelung (!) - die Einschränkungen seiner Grundrechte gefallen lassen muss, die vom Ziel und Zweck des Freiheitsentzuges her sachlich gefordert sind (26); zudem hat er Freiheitsbeschränkungen hinzunehmen, welche vom Zweck des Entzuges zwar nicht direkt gefordert sind, die sich "beim Vollzug der Haft im Interesse einer vernünftigen Ordnung und Organisation der Anstalt jedoch unvermeidlich ergeben" (27, 28).

2. Exkurs: "Das besondere Gewaltverhältnis"

Eine eingehende Auseinandersetzung mit der auf Otto Mayer (29)

24) BGE 98 I b 305; 97 I 52, 842

25) BGE 101 Ia 150 (mit merkwürdigen Verweisen); 100 Ia 460

26) Bei Untersuchungshaft sind nur Freiheitsbeschränkungen sachlich begründet, die "unmittelbar erforderlich sind, um die Flucht des Angeschuldigten oder die Verdunkelung der ihm zur Last gelegten Straftaten zu verhindern" (BGE 102 Ia 305). So ist beispielsweise die Beschränkung des Korrespondenzrechtes (BGE 97 IV 70ff) oder das Verbot der Benutzung von Radio- und TV-Geräten mit Kopfhörern (BGE 96 IV 45ff) bei einem ausschliesslich wegen Fluchtgefahr verhafteten Untersuchungsgefangenen nicht erlaubt. Zu den Zielen und Zielkonflikten im Strafvollzug eingehend Aebersold, 169ff, der ein deutliches Defizit zu Lasten des Resozialisierungsprinzips kritisch vermerkt.

27) BGE 102 Ia 305; besondere Bedeutung kommt dabei dem Verhältnismässigkeitsprinzip zu. Es steckt in Verbindung mit dem Zweck des besonderen Rechtsverhältnisses den Rahmen zulässiger Eingriffe ab (vgl. auch Tiedemann, 126f).

28) Zur rechtlichen Ordnung des besonderen Rechtsverhältnisses zwischen Anstalt (im allgemeinen verwaltungsrechtlichen Sinne) und Anstaltsbenützer vgl. BGE 98 Ib 301ff.

29) Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, Leipzig, 1.A.1896 Bd 2, 335ff

zurückgehenden Rechtsfigur des besonderen Gewaltverhältnisses (bG) (30), mit dem sich scheinbar so problemlos belastende Vollzugsmassnahmen begründen lassen, kann hier nicht erfolgen. Immerhin ist anzumerken, dass eine solche Auseinandersetzung über die terminologische Ebene hinaus (31) in grundsätzlicher Weise die Rechtsfigur kritisch zu beleuchten hätte. Hierbei könnte auf die fundierte Kritik von H. Schüler-Springorum am bG zurückgegriffen werden (32).

H. Schüler-Springorum setzt bei der allorts gemachten Feststellung an, dass die Verwaltung Art und Ausmass von Eingriffen nach dem speziellen Zweck bestimmt, wie er sich aus der Natur des betreffenden Gewaltverhältnisses ergibt (33). Das bG wird zwar heute nicht mehr als rechtsfreier Raum interpretiert: um der Gesetzmässigkeit der Verwaltung willen wird angenommen, dass der

-
- 30) Als besonderes Gewaltverhältnisses werden das Militär-, Beamten-, Straf- und Untersuchungsgefangenenverhältnis, das Volks- und Hochschul-, das Internierten- und Spitalverhältnis betrachtet, vgl. Hug, 39. Nach Imboden/Rhinow I 394f ein sog. Sonderstatusverhältnis zwischen Gemeinwesen und - u.U. auch ehemaligen - Angestellten, zwischen einer öffentlichen Anstalt und deren Benützern und sachlich beschränkt auch zwischen dem eine Konzession erteilenden Gemeinwesen und dem Konzessionär; vgl. auch Hesse, Grundzüge, 136f.
- 31) Ausdrücklich hält BGE 99 Ia 268 fest, dass es auf die sich stellenden verfassungsrechtlichen Fragen keinen Einfluss hat, ob man im herkömmlichen Sinne von besonderem Gewaltverhältnis spricht oder "aus psychologischen Gründen den Begriff der Gewalt vermeidet und - nicht klarer, aber weniger hart - von einem besonderen Rechtsverhältnis oder einem besonderen Pflichtverhältnis spricht" (vgl. auch BGE 101 Ia 150). Kritisch zum Begriff haben sich H. Huber in ZBJV 113 (1977), 31; ders., in SJZ 69 (1973), 116 Anm. 40; W. Haller in ZBL 73 (1972), 183 Anm. 17 a und R. Hauser, 262, geäussert.
- 32) Schüler-Springorum, 39ff
- 33) Ders., 41; zur "Entfaltung des Zweckes" als Begrenzung der Eingriffskompetenz, ders., 41, der auch feststellt, dass bei der inhaltlich näheren Umschreibung der Zwecke sowie ihrer Hierarchie die Einmütigkeit der Meinungen schnell endet. Als Vollzugszwecke werden genannt: Zufügung des Strafübels, Resozialisierung, Vergeltung, Tatschuldsühne (vgl. a.a.O., 42).

Vollzugszweck ein Vollzugsgesetz vertritt (34). Der Zweck wird damit zu einer "Legalitätsbasis sui generis" (35). Der Zweck soll dem Gesetzmässigkeitsprinzip in zweierlei Hinsicht genügen: "Er enthält sowohl die grundsätzliche Erlaubnis für die zahlreichen einzelnen, den Gefangenen belastenden Vollzugsmassnahmen als auch die Begrenzung, soll 'Fundament' und 'Grenzmauer' des Vollzuges bilden" (36). Der Umfang der dem Gewaltunterworfenen bleibenden Grundrechtspositionen bestimmt sich somit aus dem zugrundeliegenden Zweck (37).

Das ist für den Betroffenen angesichts bestehender Kontroversen um Ziele und Zwecke des Vollzuges (38) wenig tröstlich und bietet keine genügende Handhabe, um die im Vollzug eingesetzten Machtmittel wirksam zu kontrollieren (39). Die besondere Problematik des bG liegt denn auch - so H. Schüler-Springorum - in der Ueberpraktikabilität der Rechtsfigur (40).

Das deutsche Bundesverfassungsgericht hat unter Bezugnahme auf Schüler-Springorum in einem Urteil aus dem Jahre 1972 (41) die

34) Ders., 42

35) A.a.O., 43

36) A.a.O., 43

37) Aebersold, 176

38) Vgl. zur Diskussion Schüler-Springorum, 42

39) Aebersold, 176; BVerfGE 33, 1ff (10) spricht insoweit von einer "unerträglichen" Relativierung der Grundrechte.

40) A.a.O., 48; wenn sich Zwecke des Vollzuges oder der Untersuchung mit Selbstzwecken des bG (geregelter Anstaltsbetrieb, geordneter Vollzug) vermischen. Hier kann auch dem Bundesgericht der Vorwurf nicht erspart bleiben, in gewissen Urteilen (vgl. etwa den ersten Minelli-Entscheid, BGE 99 Ia 262ff, aber auch BGE 97 I 844) geradezu seine eigenen Leitsätze desavouiert zu haben und in der konkreten verfassungsrechtlichen Ueberprüfung von Vollzugsverordnungen oder -Verfügungen in bedenklicher Weise den Bedürfnissen "einer vernünftigen Gefängnisordnung" zu Lasten grundrechtlicher Positionen Rechnung getragen zu haben. Kritisch hat sich insoweit auch Haller Lehrfreiheit 130, geäußert und die "Diskrepanz zwischen grosszügigen obiter dicta und den konkret getroffenen Entscheidungen" gerügt; vgl. in ähnlichem Sinne, Schubarth, 43; J.P. Müller, ZSR 91 (1972) 221 und Saladin, Grundrechte, XIV.

41) BVerfGE 33, 1ff

Konstruktion des bG ausdrücklich verworfen und festgestellt:

"In Art. 1 Abs. 3 GG werden die Grundrechte für Gesetzgebung, vollziehende Gewalt und Rechtsprechung für unmittelbar verbindlich erklärt. Dieser umfassenden Bindung der staatlichen Gewalt widerspräche es, wenn im Strafvollzug die Grundrechte beliebig oder nach Ermessen eingeschränkt werden könnten. Eine Einschränkung kommt nur dann in Betracht, wenn sie zur Erreichung eines von der Wertordnung des GG gedeckten gemeinschaftsbezogenen Zweckes unerlässlich ist und in den dafür verfassungsrechtlich vorgesehenen Formen geschieht. Die Grundrechte von Strafgefangenen können also nur durch oder aufgrund eines Gesetzes eingeschränkt werden, das allerdings - auf möglichst eng begrenzte - Generalklauseln nicht verzichten können" (42). Fehlt eine solche ausdrückliche Bestimmung, so gelten die Grundrechte der Gefangenen weiter.

Solche Klarstellungen wären auch von Seiten des Bundesgerichtes erwünscht. Sie drängen sich auch auf bei einem Blick auf die Genese der problematischen Rechtsfigur:

Die Konstruktion geht auf die Zeit des Rechtspositivismus zurück (43). Die positivistische Lehre begriff den Staat überwiegend als Rechtssubjekt, die Funktion des Rechtes sah sie in der Regelung der äusseren Beziehung der Rechtssubjekte (Staat - Bürger) zueinander (44). In dieser Sicht ist die Existenz von Recht innerhalb eines Rechtssubjektes ausgeschlossen. Konsequenz ist die Ausformung zweier Bereiche: eines staatsexternen, verrecht-

42) A.a.O., 11; vgl. zu diesem Urteil auch Hesse, Grundzüge, 139 mit Hinweisen in Anm. 26 auf BVerfGE, die die zitierte Leitidee präzisieren.

43) Im absoluten Staat, wo den Bürgern nur untereinander Rechte zustanden, nicht aber gegenüber dem Staat, dessen Machtbefugnisse keinerlei Rechtsbindung unterlagen, konnte die Problematik eines vom allgemeinen zu unterscheidenden besonderen Gewaltverhältnisses gar nicht erst entstehen: das Verhältnis zwischen Staat und Untertan war ein reines - rechtsfreies - Gewaltverhältnis (Veit, 30).

44) In Anlehnung an Veit, 30, bei dem sich auch Hinweise auf die zeitgenössische Literatur finden; vgl. auch von Oertzen, 328f.

lichten und eines staatsinternen, rechtsneutralen (45). Zum staatlichen Innenbereich gehörten u.a. auch alle im Rahmen besonderer Gewaltverhältnisse in den Staat "Hineingenommenen", sie begaben sich insoweit ihrer Rechtssubjektivität (46).

Das bG präsentiert sich somit als Relikt des Obrigkeitsstaates (47). Ebensowenig wie sich im demokratischen Staat der allgemeine staatsbürgerliche Status als "allgemeines Gewaltverhältnis" erfassen lässt (48), sind im Bereich sog. bG rechtsfreie Räume erträglich. Zwar ist heute die grundsätzliche Geltung von Grundrechten in bG unbestritten (49), doch wird - wie wir gesehen haben - bei der Festlegung der Eingriffskompetenz in diese Rechte dem Gesetzmässigkeitsprinzip nicht Genüge getan. Die Legitimität des demokratischen Staates - daran ist auch in diesem Zusammenhang zu erinnern - beruht nicht auf einer originär vorgegebenen Staatsgewalt, sondern auf Recht. Mit Nachdruck hat deshalb Z. Giacometti darauf hingewiesen, dass es im Rechtsstaat keine allgemeinen oder besonderen Gewaltverhältnisse mehr gibt, sondern nur noch Rechtsverhältnisse (50, 51). Diese sind durch generell-abstrakte Normen zu regeln (52).

45) Nur am Rande sei erwähnt, dass sich darin das dazumal herrschende dualistische Verständnis des Verhältnisses von Staat und Gesellschaft widerspiegelt.

46) Hesse, Grundzüge, 138

47) Saladin, Grundrechte, 325

48) Dazu eingehend Hesse, a.a.O., 119f

49) Tiedemann, 93

50) Giacometti, Allgemeine Lehren des rechtstaatlichen Verwaltungsrechts, 1. Bd, Zürich 1960, 155 Anm. 59; vgl. auch Aebersold m.w.H.

51) Nicht überzeugend ist die Stellungnahme von Hug, 36f, der sich auf den Standpunkt stellt, der Ausdruck "bG" sei weiterhin tragbar, da auch im Rechtsstaat notwendigerweise eine Gewalt existiere. Demgegenüber ist daran festzuhalten, dass sich die grundsätzlichen Unterschiede in der Staatsidee und im Menschenbild der rechtstaatlichen Demokratie gegenüber dem preussischen Obrigkeitsstaat auch in terminologischer Hinsicht niederschlagen haben.

52) Dabei ist mit dem Bundesverfassungsgericht (oben Anm. 41) die allerdings spezifisch begrenzte Möglichkeit einer Normierung in der Form von Generalklauseln zuzugestehen. So auch Aebersold, 187, der für den Bereich des Strafvollzuges zwar ebenfalls "eine strenge Bindung an den Gesetzesvorbehalt" - insbesondere eine einschlägige bundesrechtliche Regelung - fordert, aber auch betont, dass dies nicht zu verwechseln sei

In der Schweiz indessen hat der Gefangene (noch) ohne begrenzende allgemein abstrakte Normierung diejenigen Grundrechtsbeschränkungen hinzunehmen, die durch den Zweck des Freiheitsentzuges sachlich gerechtfertigt und im Interesse einer vernünftigen Ordnung und Organisation der Anstalt unvermeidlich sind.

3. Staatliche Leistung zugunsten Gefangener

Damit haben wir die Eingriffsseite des Vollzuges, die Beschränkung grundrechtlicher Freiheit durch Massnahmen der Eingriffsverwaltung – ein rein negatorisches Grundrechtsproblem – entfaltet.

Nur scheinbar haben wir uns damit zu weit von der Leistungsthematik entfernt. Denn die spezifischen und umfassenden Eingriffe in die Grundrechte Gefangener bilden den Ansatzpunkt für das Verständnis der hier thematisierten Leistungen.

Diese Leistungsansprüche sind nur vom Tatbestand einer umfassenden Freiheitsbeschränkung, wie sie die Gefangenschaft darstellt, her begreifbar. Durch die spezifische Beschränkung seiner Grundrechte in Haft oder Strafvollzug kommt der Gefangene "in eine ausserordentlich grosse Abhängigkeit von den die Untersuchungshaft oder Freiheitsstrafe vollziehenden Organen" (53). Der Entzug der Freiheit und die weitgehende Beschränkung jeder Aktionsmöglichkeit hindert den Gefangenen daran, wie in Freiheit selbstverantwortlich zu leben, etwa für Kleidung und Nahrung zu sorgen, einen Arzt aufzusuchen, sich die notwendige physische und geistige Bewegung (54) zu verschaffen (55).

52) Fortsetzung: mit einer umfassenden Reglementierung des Vollzuges. Eine restlose Durchnormierung würde "das Ende eines Sozialisierungsvollzuges bedeuten. Sozialisation ist eine schöpferische Aufgabe, die ein individuelles Eingehen auf den Einzelnen erfordert und sich nicht in bürokratische Regeln fassen lässt. Wohl aber könnte der Gesetzgeber den Rahmen schaffen, in dem dieser Prozess überhaupt erst möglich werden kann, und den Weg weisen, der in der Praxis begangen werden soll".

53) BGE 99 Ia 267f; zu diesem spezifischen Abhängigkeitsverhältnis auch Hug, 225ff und Schubarth, 33.

54) Beides ist gleich wichtig: sowohl die Betätigung der 'lokomotorischen' Freiheit (Tiedemann, 128) als auch eine gerade gegen infantilisierende Tendenzen des Vollzuges gerichtete geistige und intellektuelle Inanspruchnahme sind unabdingbar (vgl. dazu Aebersold, 186 mit Therapievorschlügen).

55) Tiedemann, 125

Die zwangsweise Freiheitsentziehung, in deren Konsequenz die Beschränkung der Aktionsmöglichkeiten, mithin eine spezifische Hilflosigkeit und Abhängigkeit, liegt, führt zu einer erhöhten Verantwortung und Sorgeverpflichtung des Staates gegenüber den Betroffenen (56). Soweit der Staat den Bürger durch Einsperrung daran hindert, für sich selbst zu sorgen, verlangt diese umfassende Verpflichtung zum Schutz der Gefangenen positives Handeln: Die Haftanstalt hat für genügende Bewegungsmöglichkeiten, hygienische Einrichtungen und ärztliche Betreuung etc. zu sorgen (57).

Als entscheidendes und die Fürsorgepflicht begründendes Moment erscheint damit die zwangsweise und eigene Vorsorge ausschliessende Einweisung in eine Haftanstalt. Dieses Kriterium erlaubt auch, die hier thematisierten Ansprüche gegenüber Ansprüchen von Benützern anderer öffentlicher Anstalten abzugrenzen (58). Solange in diesen Fällen das Moment der 'Freiwilligkeit' der Benutzung - das freilich graduellen Unterschieden unterworfen sein kann - überwiegt, verdrängt sich eben die staatliche Fürsorgepflicht gar nicht zu justiziablen Leistungsrechten.

Dogmatisch ist festzuhalten, dass sich der Gefangene auf seine Grundrechte als Abwehrrechte beruft. Er rügt z.B. eine Verletzung seiner Bewegungsfreiheit durch eine Regelung, die festsetzt, dass Gefangene nach Ablauf einer Woche in der Regel jeden 3. Tag eine halbe Stunde unter Aufsicht spazieren dürfen (59). Aus seiner Sicht stellt die restriktive Regelung eine Verletzung seines "status negativus" dar, aus der Sicht der Haftanstalt, die u.U. die baulichen Voraussetzungen für eine grosszügigere Spazierregelung, jedenfalls vermehrt Personal für die Ueberwachung einsetzen muss, überwiegen die Leistungsaspekte.

56) Vgl. zu dieser Fürsorgeverpflichtung Aebersold, 184; R Hauser, 269; Hug, 228f; Schüler-Springorum, 111; Tiedemann, 125f, 131, 137f; Veit, 102

57) Das zeigt auch, dass sich im Vollzug Elemente der Eingriffs- und Leistungsverwaltung überschneiden. Tiedemann 137, hält fest: "Im einzelnen führt die positive Fürsorgeverpflichtung des Staates zu dem Recht des Gefangenen, in materiellen äusseren Verhältnissen zu leben, wie sie für ein menschliches Dasein unerlässlich sind".

58) Beispw. von der Benützung von Universitäten oder der kommunalen Wasserversorgung.

59) So in BGE 102 Ia 290ff

Dass Massnahmen der Haftanstalt insoweit als Massnahmen der Leistungsverwaltung einzustufen sind, ändert indessen nichts daran, dass sich der Gefangene nur auf seinen status negativus beruft. Das kommt nur deshalb nicht immer klar zum Ausdruck, weil der Tatbestand des Vollzuges den Kreis der "Freiheiten von ..." apriorisch dermassen einengt, "dass Abwehransprüche oft als Leistungsansprüche erscheinen" (60).

Diese nur scheinbare Konversion der Abwehrrechte in Leistungsrechte folgt mithin logisch aus der tatsächlichen Lage der Betroffenen (61).

Wenn in dem Zusammenhang die beantragten Leistungen mit dem Hinweis abgelehnt werden, die Gefangenen hätten nur Ansprüche darauf, dass staatliche Eingriffe unterblieben, nicht aber dass - positiv - etwas vorgekehrt werde (62), so ist das nach dem Gesagten dogmatisch nicht zutreffend und insofern zynisch, als übersehen wird, dass eben gerade der Staat die Betroffenen an der selbständigen Verschaffung jenes zu einer menschenwürdigen Existenz erforderlichen Minimums an Gütern, Sorge und motorischer und intellektueller 'Bewegung' hindert.

Als Rechtsgrundlage für leistende Tätigkeit ist somit die Fürsorgepflicht des Staates zu betrachten (63), die sich ihrerseits aus der Tatsache der zwangsweisen, eigene Vorsorge ausschliessenden Einweisung ergibt; die Grundrechte selbst setzen nur die Massstäbe für Inhalt und Umfang dieser Sorgepflicht (64).

Was demnach von den Grundrechten auf der Basis dieser Sorgepflicht an "menschenwürdigem, von schikanösen und sachlich nicht begründeten Eingriffen freiem Vollzug" (65) gefordert ist, kann

60) Schüler-Springorum, 86; Aebersold, 185

61) Schüler-Springorum, 86

62) So einige aus der BRD vorliegende Urteile, vgl. die Nachweise bei Schüler-Springorum, 86f

63) So auch Hug, 227; Tiedemann, 125f

64) Diese von den Grundrechten gesetzten Massstäbe sind, wie das Bundesgericht in BGE 99 Ia 281 deutlich zum Ausdruck gebracht hat, keine fixen Grössen, sondern verändern sich mit den sich wandelnden Vorstellungen über die Rechtsstellung der Gefangenen selbst.

65) BGE 102 Ia 283

nun nicht vorschnell seine Grenze finden an den jeweiligen 'räumlichen Verhältnissen im betreffenden Gefängnis und an den zur Verfügung stehenden personellen Mitteln' (66).

In dem Zusammenhang hat das Bundesverfassungsgericht zu Recht festgestellt: "Grundrechte bestehen nicht nur nach Massgabe dessen, was an Verwaltungseinrichtungen üblicherweise vorhanden oder an Verwaltungsbrauch vorgesehen ist" (67).

Das Bundesgericht ist nach anfänglichem Zögern (68) entschlossener dazu übergegangen, die Respektierung der Grundrechte mit weniger Rücksicht auf konkrete Anstaltsverhältnisse zu fordern und hat etwa im Zusammenhang mit der Bewegungsfreiheit einen Kanton verpflichtet, die Voraussetzungen eines von der persönlichen Freiheit geforderten Bewegungsminimums sicherzustellen (69).

Anzumerken bleibt, dass sich hier ähnliche Probleme wie bei den originären Grundrechten stellen können. Zwar wird weniger die fehlende normativ-determinierende Kraft der Grundrechte zum Problem, da diese nur als unproblematische Abwehrrechte relevant werden. Ihre Verletzung signalisiert ein Defizit an jener Fürsorge, zu der der Staat gegenüber Gefangenen verpflichtet ist, und gibt damit Anlass, einen grundrechtsgerechteren Betrieb oder Ausbau der Anstalt zu fordern; an diesem Punkt kann sich indessen das Bun-

66) So sinngemäss die Umschreibung in BGE 99 Ia 271f und 97 I 844

67) BVerfGE 15, 288ff (296)

68) So v.a. in BGE 99 Ia 262ff (insbes. 271f); es hat aber bereits in dieser Entscheidung die bevorstehende Praxisänderung angedeutet mit der Bemerkung: "Ist zur Zeit mit Rücksicht auf die praktischen Schwierigkeiten § 44 VO prinzipiell noch als verfassungsmässig zu bezeichnen, weil er nicht eine schikanöse Einschränkung enthält, sondern die heute praktisch durchführbare Minimalordnung umschreibt, so ist damit nicht ausgeschlossen, dass in Zukunft auf Grund der neueren Auffassung über die Stellung des Gefangenen ohne Rücksicht auf die praktischen Verhältnisse ein verfassungsmässiger Anspruch auf ein gewisses Minimum an täglicher Bewegung anerkannt wird" (281).

69) BGE 102 Ia 292

desgericht - gerade wenn es um die finanzintensive Schaffung neuer Einrichtungen gehen sollte (70) - beschränkt sehen durch die fehlende Möglichkeit, über einen bescheidenen Rahmen hinaus den Kantonen den Einsatz ihrer finanziellen Mittel vorzuschreiben.

70) Meistens wird es aber - das zeigen die vorliegenden einschlägigen Urteile - nicht um finanzintensive Massnahmen gehen, sondern um eine unproblematische Anpassung des Anstaltsbetriebes an grundrechtliche Erfordernisse.

Lebenslauf

23. Mai 1953	Geboren in Aarau als erstes Kind von René und Ruth Trachsel - Hirsig
1960 - 1969	Primar- und Bezirksschule in Brugg, Leutwil/AG und Seengen/AG
1969 - 1973	Kantonsschule Aarau (Typus B)
WS 73/74 - WS 77/78	Studium der Rechte an der Universität Zürich
15. Februar 1978	Promotion zum lic. iur.
Frühling 1978 bis Herbst 1979	Arbeit an der Dissertation und Mitarbeit bei den Rechtsauskunftsstellen von TAT und Tagesanzeiger
Seit 1. Juni 1979	Auditor am Bezirksgericht Zürich
12. Dezember 1979	Promotion zum Doktor der Rechtswissenschaft

